

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA - PPGDIR

O SISTEMA DE PRECEDENTES E A FUNDAMENTAÇÃO DE SENTENÇAS
CRIMINAIS NA JUSTIÇA FEDERAL DO MARANHÃO

ANDRÉ MARCIO COSTA NOGUEIRA

São Luís - MA

2022

ANDRÉ MARCIO COSTA NOGUEIRA

**O SISTEMA DE PRECEDENTES E A FUNDAMENTAÇÃO DE SENTENÇAS
CRIMINAIS NA JUSTIÇA FEDERAL DO MARANHÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – PPGDIR/UFMA.

Orientador: Prof. Dr. Newton Pereira Ramos Neto

São Luís - MA

2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Nogueira, André Marcio Costa.

O sistema de precedentes e a fundamentação de sentenças criminais na Justiça Federal do Maranhão. / André Marcio Costa Nogueira. - 2022.

140 f.

Orientador: Prof. Dr. Newton Ramos Pereira Neto.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/CCSO, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2022.

1. Direito Processual Penal. 2. Jurisprudência. 3. Precedentes Judiciais. I. Pereira Neto, Newton Ramos. II. Título.

ANDRÉ MARCIO COSTA NOGUEIRA

**O SISTEMA DE PRECEDENTES E A FUNDAMENTAÇÃO DE SENTENÇAS
CRIMINAIS NA JUSTIÇA FEDERAL DO MARANHÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – PPGDIR/UFMA

Habilitação: Direito

Data de aprovação: ____/____/2022

Banca examinadora:

Prof. Dr. Newton Pereira Ramos Neto
Orientador
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus
Universidade Estadual do Maranhão

Aos meus pais, que me deram tudo.

À Gisele, minha amada esposa.

Aos meus filhos e irmãos, presentes de Deus.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte da vida e do destino de todos nós.

À Universidade Federal do Maranhão pela oportunidade de oferecer excelente qualificação acadêmica.

Ao orientador, Prof. Dr. Newton Pereira Ramos Neto, que com paciência e brilhantismo colaborou na construção da presente dissertação.

Aos(às) professores(as) doutores(as) Alexandre Reis Siqueira Freire, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, Edith Maria Barbosa Ramos, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Mônica Fontenelle Carneiro e Roberto Carvalho Veloso, que ministrando suas disciplinas contribuíram valiosamente para exitosa realização do Mestrado.

Aos professores Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus e Dr. Paulo Fernando Soares Pereira pelas valiosas considerações sobre a presente pesquisa.

Aos colegas de Mestrado João Simões Teixeira, Letícia Moreira de Martini, Deomar da Assenção Arouche Júnior, Jossiany Sá Lessa, Márcia Lúcia Lopes Miranda, Alfredo Lima Góes, Lidiane Melo de Sousa, Manoel Júnior Ferreira Veloso, Paulo Ferreira Pacini, Pedro Vital Eugênio Melo, Tamara Luiza Dallagnol Pinto, Tatiana Amélia Soares Pinheiro Mendes, Adriana Souza Lima, Elder Maia Goltzman, Davi Uruçu Rêgo, Maria Isaete dos Santos Barreto, Rafaela Santos Lima, Sandro Jansen Rogério Castro, Sarah Sousa Saad, Tatiana Veloso Magalhães, Bruna Danyelle Pinheiro das Chagas Santos, Danielly Thays Campos, Gabriel Silva de Abreu, Marco Adriano Ramos Fonseca e Ronaldo Soares Mendes, pela companhia e o prazer em dividir as salas de aula virtuais, trabalhos acadêmicos e discussões sobre temas interessantíssimos.

Aos(às) professores(as) do curso preparatório da Escola Superior da Advocacia – ESA/OAB/MA Marcelo Carvalho Lima, Márcio Aleandro Teixeira, Alyne Mendes Caldas, Karla Cristina Vale Pereira, Ellen Félix Bezerra e Manoel Júnior Ferreira Veloso pelos preciosos ensinamentos na preparação para a Seleção do Mestrado.

Ao Prof. Delsio João Pavan, pela inestimável colaboração na normalização.

Aos meus graduandos e graduandas da Faculdade Santa Terezinha – CEST, pelo incentivo na constante busca do aprimoramento acadêmico.

“A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’.

(MARINONI, 2019)

RESUMO

A presente dissertação trata do sistema de precedentes qualificados formalmente vinculantes estruturado a partir da vigência do novo Código de Processo Civil. Procura investigar a fundamentação de decisões criminais proferidas por magistrados que atuam nas Varas Federais com competência criminal na Seção Judiciária do Estado do Maranhão a partir de busca na base de dados de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de modo a explorar a dinâmica e a funcionalidade das técnicas de aplicação dos precedentes qualificados, a rejeição, a distinção ou a superação ou a utilização dos precedentes qualificados como argumento de autoridade. Como problema, discute se os fatos e o direito deduzidos nas decisões selecionadas estão desvinculadas daqueles que ensejaram a edição do precedente pelas Cortes Superiores diante da presunção de que os casos julgados não guardariam semelhança com a *ratio decidendi* dos precedentes qualificados. Explora, a partir do discurso argumentativo desenvolvido pelos magistrados nas decisões pesquisadas, a ocorrência de acerto com as razões determinantes dos precedentes qualificados selecionados ou a verificação de desacerto hermenêutico. O recorte metodológico privilegiou uma análise qualitativa das decisões que foram selecionadas, objetivando verificar, a partir dos aspectos fáticos e jurídicos de cada caso concreto, se os precedentes qualificados foram considerados adequadamente e identificou eventuais diferenças entre os modelos de fundamentação utilizados nos casos estudados de acordo com os precedentes qualificados paradigmas e com as técnicas importadas do sistema da *common law*. Para a realização da pesquisa, sob o aspecto jurídico-dogmático, foram utilizadas obras de referência de autores estrangeiros e nacionais sobre a temática dos precedentes qualificados, contemplando desde a origem no sistema do *common law* até sua importação para atender a realidade brasileira. Finalmente, afirma-se conclusivamente que existe um reconhecimento da relevância dos precedentes qualificados para assegurar as garantias da igualdade, da segurança jurídica e a integridade do direito e que nos casos analisados foram observados os precedentes qualificados vinculantes selecionados como referências para a pesquisa.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo Penal. Sistema de Precedentes qualificados. Vinculação. Fundamentação das decisões judiciais. Interpretação.

ABSTRACT

The present dissertation deals with the system of formally binding precedents structured from the validity of the new Civil Procedure Code. It seeks to investigate the basis of criminal decisions made by magistrates who work in the Federal Courts with criminal competence in the Judiciary Section of the State of Maranhão, based on a search in the jurisprudence database of the Federal Regional Court of the 1st Region, in order to explore the dynamics and the functionality of the techniques for applying precedents, the rejection, distinction or overcoming or the use of precedents as an argument of authority. As a problem, it discusses whether the facts and the law deduced in the selected decisions are disconnected from those that gave rise to the edition of the precedent by the Superior Courts in view of the presumption that the *res judicata* would not bear similarity to the *ratio decidendi* of the precedents. It explores, from the argumentative discourse developed by the magistrates in the decisions researched, the occurrence of hits with the determining reasons of the selected precedents or the verification of hermeneutic mismatch. The methodological approach favored a qualitative analysis of the decisions that were selected, aiming to verify, from the factual and legal aspects of each specific case, if the precedents were properly considered and identified eventual differences between the models of reasoning used in the cases studied according to precedent paradigms and with techniques imported from the common law system. To carry out the research, under the legal-dogmatic aspect, reference works by foreign and national authors on the theme of precedents were used, covering from the origin in the common law system to its importation to meet the Brazilian reality. Finally, it is conclusively stated that there is recognition of the relevance of precedents to ensure the guarantees of equality, legal certainty and the integrity of law and that in the cases analyzed the binding precedents selected as references for the research were observed.

Keywords: Criminal Law. Criminal proceedings. Precedents System. Binding. Justification of court decisions. Interpretation.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo em Recurso Especial
AgR	Agravo Regimental
AgInt	Agravo Interno
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
ED	Embargos de Declaração
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
EUA	Estados Unidos da América
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
HC	<i>habeas corpus</i>
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MI	Mandado de Injunção
MPF	Ministério Público Federal
NUGEP	Núcleo de Gerenciamento de Precedentes qualificados Judiciais
QO	Questão de Ordem
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RESE	Recurso em Sentido Estrito

RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITRF1	Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
RITSE	Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral
SJMA	Seção Judiciária do Estado do Maranhão
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TJAC	Tribunal de Justiça do Acre
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFMA	Universidade Federal do Maranhão
UnB	Universidade de Brasília
v. u.	votação unânime

SUMÁRIO

NOTA METODOLÓGICA.....	12
INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 - SOBRE UM MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES	
QUALIFICADOS NO PROCESSO PENAL.....	17
1.1 Das generalizações do senso comum aos precedentes qualificados.....	17
1.2 Do lugar comum à percepção real: precedentes qualificados como fonte do direito.....	20
1.3 Existe um microssistema de precedentes qualificados?.....	27
1.4 É necessário um microssistema de precedentes qualificados criminais?	36
CAPÍTULO 2 - PERCURSO TÉORICO-PRAGMÁTICO DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES QUALIFICADOS CRIMINAIS.....	
2.1 Dos precedentes qualificados.....	47
2.2 A dinâmica dos precedentes qualificados: a distinção.....	58
2.3 A dinâmica dos precedentes qualificados: a superação.....	61
2.4 Os deveres estruturantes e de aplicação dos precedentes qualificados.....	68
CAPÍTULO 3 - PRECEDENTES QUALIFICADOS NO PROCESSO PENAL?.....	
3.1 Decisões no controle concentrado de constitucionalidade.....	73
3.2 Os enunciados de súmula vinculante.....	76
3.3 O Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	78
3.4 O Incidente de assunção de competência.....	89
3.5 Recurso extraordinário e recurso especial repetitivos.....	95
3.6 Os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.....	102
3.7 Orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados.....	104
CAPÍTULO 4 - OS PRECEDENTES QUALIFICADOS NAS SENTENÇAS CRIMINAIS DA JUSTIÇA FEDERAL NO MARANHÃO.....	
4.1 Análise argumentativa das sentenças criminais e o uso dos precedentes qualificados como argumento de autoridade.....	108
4.2 Análise do Grupo de Casos nº 01. Súmula Vinculante 24, do STF.....	111
4.3 Análise do Grupo de Casos nº 02. Súmula 438, do STJ.....	119

4.4 Análise do Grupo de Casos nº 03. Tema 561. STJ. REsp 1.193.194/MG.

Originou a Súmula 511, do STJ.....	123
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS.....	135

NOTA METODOLÓGICA

Importante tecer algumas considerações sobre a metodologia empregada para o desenvolvimento da presente dissertação, especialmente quanto a escolha dos acórdãos e sentenças que serão objeto de apreciação no Capítulo 4.

Com a sistematização normativa empreendida pelo Código de Processo Civil de 2015 ao tema dos precedentes qualificados a partir de sua entrada em vigor cresceu o interesse por pesquisa de natureza empírica e qualitativa sobre o microssistema de formação de precedentes qualificados e seus eventuais desdobramentos nos outros campos do conhecimento processual brasileiro, como o processual penal, ora objeto de nossa investigação.

Em que pese não se tratar de um assunto totalmente desconhecido da doutrina brasileira, importante consignar que se trata de um tema ainda em desenvolvimento e controverso de modo que a pesquisa não poderia deixar de ser delimitada por cortes de cunho formal (temático; temporal, técnico-jurídico).

Desse modo, não obstante a opinião do autor quanto a constitucionalidade de alguns deles, em primeiro lugar foram escolhidos três precedentes qualificados que serão as referências para a pesquisa sendo escolhidos aleatoriamente, os seguintes:

- a) A súmula vinculante nº 24, do STF;
- b) A súmula 438, do STJ, aprovada em 28/04/2010, cuja tema de fundo também foi objeto de análise pelo STF no RE 602.527/RG-QO/RS. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, DJ-e 237, 17/12/2009; e
- c) O tema 561, da jurisprudência do STJ, que teve como recurso especial repetitivo afetado o REsp 1.193.194/MG. Este tema acabou por originar a Súmula nº 511 do STJ, aprovada em 11/06/2014.

Não foram escolhidos precedentes qualificados formados recentemente porque fatalmente não seriam encontrados recursos julgados no tribunal em quantidade razoável, uma vez que os processos criminais, em média, demoram 5 anos e 4 anos na fase de conhecimento na 1ª Instância da Justiça Federal no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1), segundo dados do Relatório Justiça em Números de 2019, ano imediatamente anterior ao início do Programa de Mestrado.

A partir desse primeiro corte metodológico foram feitas buscas na jurisprudência do TRF 1 utilizando como marcadores os parâmetros de pesquisa pré-definidos, divididos em grupos, de acordo com os precedentes qualificados acima arrolados.

Para o primeiro grupo, os critérios da pesquisa escolhidos foram utilizar o link próprio no site do TRF 1 no campo pesquisa livre, usando os termos “súmula” e “vinculante”, escolhendo ainda os seguintes filtros “pesquisa detalhada” e “período de tempo: de 01/01/2016 a 06/02/2022”, “Data do julgamento” e duas rodadas de pesquisas para duas classes de recursos criminais, sendo escolhidos a “apelação criminal” e o “recurso em sentido estrito”.

Desse modo, como o precedente vinculante referencial foi a súmula vinculante 24 do STF e interessava apenas acórdãos que julgaram recursos oriundos da Seção Judiciária do Estado do Maranhão (SJMA), o resultado da busca não foi tão numeroso como se poderia supor. Assim, foram encontrados na Classe RESE 14 acórdãos, sendo 2 da SJMA. Para a classe Apelação Criminal foram obtidos 78 acórdãos, sendo 4 da SJMA (1 deles refere-se à SV 5; e 3 outras à SV 24).

A mesma metodologia de pesquisa foi replicada para os demais precedentes qualificados vinculantes escolhidos como parâmetros iniciais da pesquisa. Os resultados referentes ao segundo grupo de casos, referente a súmula 438 do STJ, sendo encontrados para a Classe RESE 33 acórdãos, 2 sendo da SJMA e para a Classe Apelação Criminal: 25 acórdãos, sendo 2 da SJMA. Para o terceiro grupo de casos, referente ao tema 561 do STJ, foi encontrado apenas 1 caso da SJMA em apelação criminal.

O corte cronológico utilizado objetivou contemplar apenas sentenças e acórdãos que foram prolatados após o início da vigência do novo CPC, portanto depois de implantada as normas sobre precedentes qualificados no Brasil.

Por outro lado, considerando que as linhas de pesquisa do PPGDIR da UFMA requerem que estas estejam relacionadas com as instituições do sistema de justiça no Estado do Maranhão, a opção metodológica partiu da pesquisa na base de dados da jurisprudência do TRF 1 e, em sentido inverso, colheu as decisões proferidas por magistrados federais da Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Maranhão.

Importante ainda esclarecer que não foram escolhidas decisões considerando apenas um tipo de delito ou uma questão processual específicas, de modo que o resultando viesse abranger tanto questões de direito material, quanto de direito processual, desde que representativos do uso das técnicas próprias da dinâmica dos precedentes qualificados (aplicação/distinção), isso sem prejuízo de citar no decorrer da dissertação outros precedentes relevantes do STJ ou STF para corroborar o pensamento matriz desta dissertação quanto a existência e viabilidade da adoção de um sistema de precedentes qualificados na seara criminal.

INTRODUÇÃO

O tema dos precedentes qualificados revela grande importância acadêmica e empírica na medida que é crescente o interesse da sociedade pela compreensão e debate das principais decisões exaradas pelas cortes superiores do nosso país sobre a interpretação e aplicação das normas e princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.

O interesse despertado é tão grande que se pode afirmar que nunca foi tão controvertido o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, destacando-se no contexto do Estado Democrático de Direito hodierno como responsável para dirimir as principais pautas políticas e jurídicas da nossa sociedade, assumindo espantoso protagonismo entre as instituições do sistema de justiça para concretizar os desejáveis valores de isonomia, celeridade e segurança jurídica.

Nesse viés, justifica-se a importância e atualidade do tema dos precedentes qualificados, uma vez que foram concebidos como mais um instrumento apto para desafogar os tribunais dentro de uma perspectiva de jurisprudência defensiva. Sob outro viés, importante consignar que a temática dos precedentes também desperta grande interesse na Teoria Geral do Direito, uma vez que vem sendo trabalhada como fonte do direito e importante instrumento hermenêutico de discussão e controle da legitimidade das decisões judiciais.

Com efeito, para o Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, o estudo do tema dos precedentes em matéria criminal, especialmente quanto à sua dinamicidade e aplicabilidade, revelar-se-á pertinente e oportuno na medida que abrirá um campo de debates na Academia.

Para a linha de pesquisa Dinâmica e efetividade das Instituições do Sistema de Justiça, o presente projeto de pesquisa proporcionará a oportuna verificação do modo de produção e fundamentação das decisões exaradas pelos magistrados da Justiça Federal de primeiro grau sob o enfoque do reconhecimento formal e do uso dos precedentes qualificados.

A pesquisa proposta prestar-se-á a uma abordagem qualitativa de decisões criminais prolatadas, consistindo em pesquisa documental e bibliográfica, onde serão verificados os fundamentos que justificaram o uso argumentativo de precedentes qualificados, em outras palavras, a aplicação, distinção ou a superação de precedentes qualificados citados diretamente pelo órgão judicante, cuja proposta possui inegável aderência ao programa de pós-graduação.

Desse modo, buscar-se-á trazer ao debate acadêmico e agregar valor e conteúdo ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Maranhão com temática que vai

ao encontro dos objetivos gerais deste Programa que é debater a dinâmica e a efetividade das instituições do sistema de justiça com uma abordagem, tanto quanto possível, mais próxima da realidade maranhense.

No capítulo um, serão abordados três eixos iniciais quanto a implantação de um sistema de precedentes qualificados para o Brasil e, em especial, de regulamentação de um microssistema de precedentes qualificados criminais, indagando sobre sua existência, funcionalidade e necessidade, bem como, da necessidade do Poder Judiciário editar e (re)aplicar precedentes qualificados.

Nesse capítulo vestibular, será indicado ao leitor que os precedentes qualificados criados pelas cortes de vértice pretendem vinculam os juízes e as cortes de justiça a partir da sua *ratio decidendi* com inspiração no *common law*, contudo sem uma identificação substancial com a tradição daquele sistema jurídico. Por outro lado, afirmar que o precedente constitui uma nova fonte de direito e que não se confunde com a tradicional compreensão de Jurisprudência como fonte formal indireta dos direitos penal e processual penal.

No capítulo dois serão desenvolvidos os conceitos básicos de um microssistema de precedentes qualificados, classificações, dinamicidade e deveres estruturantes e de aplicação, bem como, ao final, serão analisados os deveres impostos aos juízes e Tribunais a partir da análise conjunta dos artigos 926 e 927, do CPC, em relação ao sistema jurídico brasileiro.

No capítulo três considerando o rol do artigo 927, do CPC, apresentar-se-á ao leitor quais são os precedentes qualificados criminais, analisando suas características essenciais e o modo como podem legitimamente ser aplicados na seara criminal.

No capítulo quatro inicialmente será analisado como são desenvolvidas as argumentações das decisões criminais de acordo com a teoria da argumentação jurídica de modo a apresentar ao leitor, de maneira crítica, se a utilização dos precedentes qualificados dispõe de metodologia adequada para o convencimento dos destinatários, uma vez que se compreende o discurso jurídico como um discurso argumentativo prático racional.

Esta parte inicial do derradeiro capítulo, pretende demonstrar se os precedentes qualificados são utilizados ou não como meros argumentos de autoridade ou obedecem ao esquema metodológico adequado à teoria da argumentação jurídica.

Em um segundo momento foram arrolados os grupos de casos selecionados que têm como referencial alguns precedentes qualificados (a súmula vinculante 24, do STF; a súmula 438, do STJ; e o Tema 561, fruto do REsp 1.193.194/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos e que deu origem a súmula 511, do STJ).

Em cada grupo de casos, foram destacados acórdãos do TRF 1 a respeito de decisões proferidas pela Justiça Federal do Maranhão, entre os anos de 2016 à 2020, em recursos em sentido estrito e apelações criminais, com o objetivo de encontrar as decisões de primeiro e verificar se existe aderência entre esses julgados e os precedentes qualificados citados, fazendo algumas observações críticas com base na teoria de base desenvolvida ao longo dos capítulos anteriores.

No desenvolvimento desta dissertação foi utilizado o método indutivo, ou seja, a partir da análise qualitativa de decisões criminais prolatadas na Justiça Federal do Maranhão (fatos particulares), aptas à construção dos raciocínios, chegou-se às conclusões sobre o uso dos precedentes qualificados. Nesse percurso, o ponto de partida foi o conhecimento acumulado e, para os fins propostos, foi alcançado as conclusões críticas do material escolhido para análise.

Como método de procedimento a pesquisa envolveu a análise de acórdãos e decisões judiciais de primeira instância, sendo destacados a variedade de discussões fáticas e jurídicas que envolveram a complexidade dessas peças jurídicas e, em especial, como operam os magistrados para fundamentá-la com precedentes qualificados.

Constituindo uma pesquisa monográfica, o recorte dado buscou trabalhar com razoável profundidade a aplicabilidade o microsistema de precedentes qualificados criminais, a partir da análise qualitativa de decisões proferidas pelas varas criminais da Justiça Federal da Seção Judiciária do Maranhão para atender aos escopos do Programa de Mestrado da Universidade Federal do Maranhão.

Com efeito, considerando as peculiaridades dos casos observados, buscou-se concluir se os precedentes qualificados selecionados foram adequadamente aplicados pelos magistrados nos casos semelhantes encontrados.

No que interessa a presente pesquisa, o método comparativo foi utilizado para identificar eventuais semelhanças e/ou diferenças entre os modelos de fundamentação das decisões paradigmas, cotejando o modo de aplicação e a dinâmica dos precedentes qualificados em cada caso concreto para concluir eventuais erros e/ou acertos na dinâmica dos precedentes qualificados.

CAPÍTULO 1 - SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES QUALIFICADOS NO PROCESSO PENAL

1.1 Das generalizações do senso comum aos precedentes qualificados

Inaugura-se o presente capítulo com a necessidade de apresentar ao leitor algumas opções e o posicionamento quanto a terminologia “*precedente*” adotada pelo legislador no CPC. Essas opções consideram importantes constatações na doutrina e jurisprudência do STF.

A primeira delas é que em razão da existência de forte controvérsia doutrinária, ainda não resolvida, cujas correntes estão destacadas em Cramer (2019, p. 183-198) a respeito dos precedentes arrolados no artigo 927, do CPC, inclusive porque uma delas, capitaneada por José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, posiciona-se no sentido de que se a norma for interpretada para abrigar um rol de precedentes qualificados vinculantes, seria inconstitucional. (CRAMER, 2016, p. 183-186).

Nessa ordem, concorda-se com José Rogério Cruz e Tucci e Georges Abboud que sustentam que apenas a súmula vinculante e decisões em controle concentrado possuem eficácia contra todos (eficácia *erga omnes*) e efeito vinculante relativo aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme disposto no §2º do artigo 102, e caput do artigo 103-A, da CRFB. (TUCCI, 2008, p. 454; ABBOUD, 2020, p. 591-648).

De bom alvitre recordar que o STF não adota a chamada teoria dos motivos determinantes para as decisões proferidas em controle difuso¹, conhecida como tese da abstrativização ou objetivização do controle difuso, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC, o que se encontra registrado na própria jurisprudência do Tribunal².

¹ **Nesse sentido:** Ferreira (2016, p. 101-110). Abboud (2020, p. 591-648).

² EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 “por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)”, este se limitou “a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional”. 3. Reclamação julgada improcedente.

Como se sabe, a declaração incidental de inconstitucionalidade depende de manifestação do Pleno ou órgão especial de tribunal em obediência ao artigo 97, da CRFB e à súmula vinculante nº 10, do STF.

Por outro lado, a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário ou *habeas corpus* no STF depende, para ter eficácia *erga omnes*, de suspensão pelo Senado Federal, no todo ou em parte, da lei assim declarada por decisão definitiva do STF, tratando-se aqui de competência privativa, nos termos do artigo 52, X, da CRFB, cuja controversa tese de mutação constitucional, em verdade, trata-se de costume contra texto expresso da própria CRFB³.

Desse modo, ao contrário do que defendido pelos citados autores, a intenção do legislador no artigo 927, do CPC, foi conferir vinculação a todos os precedentes qualificados ali arrolados, a qual está justificada na *ratio decidendi* e não no dispositivo da decisão. Assim, as ações de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes ganharam um *plus* em relação ao tema da vinculação, tanto que doutrinariamente reconhecida no Enunciado 168 do FPPC, voltado especificamente para uma interpretação do artigo 927, I, do CPC, assim redigido:

Enunciado 168 do FPPC. Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Dessa maneira, em que pese a tese da objetivação do controle difuso e a tentativa de criar vinculação a partir da *ratio decidendi*, será adotada a posição contrária neste trabalho.

A segunda consideração – quanto a opção terminológica –, diz respeito à circunstância do legislador ter equiparado, nos incisos do artigo 927, do CPC, diferentes tipos de precedentes que, como sabido e será visto no desenvolvimento deste trabalho, possuem tratamento legislativo próprio para fins de edição dos diversos provimentos arrolados.

Por outro lado, não se pode concordar com a circunstância – criada pelo legislador pátrio –, de que uma única decisão, isoladamente considerada e, a respeito de um tema jurídico específico, ainda que proferida pelo STJ ou STF possa ser qualificada como

(Rcl 3014, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, DJe-091 DIVULG 20.05.2010 PUBLIC 21.05.2010 EMENT VOL-02402-02, p. 0372).

³ **Em sentido contrário:** Mendes e Branco (2020, posição 26060-26120 e 30544-30826); Zavascki (2017, p. 31-54). Lembrar que o precedente constitucional mais importante da Suprema Corte norte-americana, instituidor do *judicial review*, tratou justamente de uma disputa envolvendo competência (SOUTO, 2019, p. 90-119). A questão aqui, envolve, disputa política sobre a última palavra na discussão de causas constitucionais, ou seja, como lembrou Streck (2019, p. 13-32) um problema de teoria política.

precedente obrigatório *a priori*, sem que haja análise do conjunto de argumentos desenvolvidos que amparem eventual utilização do precedente.

Dessa maneira, considerando a complexidade do desenho institucional do Poder Judiciário e os diversos instrumentos para tutela dos direitos, causa perplexidade a opção do legislador infraconstitucional em igualar, sob a categoria-gênero precedente, diferentes tipos de provimentos judiciais.

A partir da necessidade de legitimidade das decisões judiciais, concorda-se que seguir o procedimento previsto emprestaria essa qualidade, como sustenta Luhmann (1980), parece incoerente que decisões e teses firmadas em provimentos de caráter tão diferente possam aparelhar padrões decisórios em demandas semelhantes no futuro e, ao mesmo tempo, assegurar observância aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia como desejado pelo legislador (artigo 927, §4º, do CPC).

Como será visto no decorrer da presente dissertação, segue-se a opção pelo uso da expressão *precedentes qualificados*, utilizado na jurisprudência dos tribunais superiores, apesar de concordar que deveriam ser chamados de *provimentos vinculantes*⁴, considerando as diferenças entre eles e as controvérsias sobre a constitucionalidade de alguns dos tipos de precedentes previstos nos incisos do artigo 927, do CPC.

Em outra demonstração de opção inicial, também deve ser de pronto fixado o que seria o *precedente* para os fins desta dissertação.

Na doutrina estrangeira, Duxbury (2008, p. 1 e 17) assumiu posição amplíssima quanto ao termo precedente, o qual equivaleria a uma decisão judicial anterior, utilizada como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões em casos subsequentes, desde que trate da aplicação da mesma norma e haja similitude fática e, ao revés, o viés restritivo adotado por Taruffo (2014, p. 3-6), enfatizando os fundamentos determinantes do precedente.

No Brasil, sustentam Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira e Fredie Didier Jr. que, em sentido lato, *precedente* tratar-se-ia de uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial poderá servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. E, prosseguem ao afirmar que, em sentido estrito, precedente constitui a própria *ratio decidendi*, o que *exclui* do conceito de precedente as súmulas, e as teses fixadas em IRDR e nos recursos repetitivos (BRAGA; OLIVEIRA; DIDIER JR, 2019, p. 549-550).

⁴ Expressão da preferência do orientador Prof. Dr. Newton Ramos Pereira Neto.

Do ponto de vista histórico, o precedente sempre foi entendido em seu sentido literal como uma decisão anterior aplicada em caso de posterior semelhante, apesar de no Direito inglês ter sofrido ao longo da história uma alteração semântica profunda, desde suas origens medievais até a contemporaneidade, havendo experimentado três fases evolutivas distintas que segundo o professor Daniel Mitidiero seriam as fases de ilustração, persuasão e vinculação (MITIDIERO, 2018, p. 29).

Sem embargo da importância de sua dimensão histórica e origem no *common law* inglês, o precedente não se confunde com decisão judicial em si mesma, uma vez que nem toda decisão judicial prestar-se-á à formação de um precedente. Na sua origem anglo-saxã o precedente liga-se muito mais à ideia de historicidade do direito e a vinculação gravitacional que possui para persuadir outros juízes de segui-lo espontaneamente (MITIDIERO, 2019a, p. 29-43).

Ao arrolar diferentes tipos de decisões judiciais e padrões decisórios nos incisos do artigo 927, do CPC, parece que o intento do legislador foi no sentido de que se deve considerar como precedentes apenas as *ratio* obtidas dos casos submetidos, ou de uma tese extradida a partir do recurso afetado ou de incidentes criados pelo legislador, não importando se tratar de precedente proferido apenas por cortes de vértice como defendem Marinoni (2019) e Mitidiero (2019a).

Desse modo, a compreensão que será utilizada para os fins desta dissertação é no sentido de que os precedentes qualificados somente podem ser considerados como precedentes no sentido estrito acima delineado (DIDIER Jr et al. 2019, p. 549-550), ou seja, o conceito de precedente relaciona-se com a sua *ratio decidendi*.

Em linha de encerramento, nem todos os provimentos arrolados do artigo 927, do CPC deveriam ser assim considerados, porque inexiste norma constitucional que sustente essa conclusão e divorciados das origens *common law*.

1.2 Do lugar comum à percepção real: precedentes qualificados como fonte do direito

Cumprе consignar que todo o tratamento teórico dos precedentes desenvolvido no direito brasileiro, até o momento, e em grande parte na literatura do processo civil, procurou destacar as origens históricas na *common law*, culminando em afirmar que este influenciou o dever de consideração (observância) extraído do *caput* do artigo 926, do CPC, no sentido de vincular as instâncias judiciárias inferiores como meio de alcançar os valores segurança jurídica e igualdade, apesar da importação acrítica desse manancial.

Sob outro ângulo, buscam ainda destacar a existência de uma certa aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, a partir da importação de conceitos dogmáticos dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano para descrever, compreender e trabalhar os conceitos operacionais dos precedentes no Brasil, sem embargo da autoridade dessas asserções e de que o inverso também ocorreria. Por todos destacam-se Marinoni (2019a, p. 21-79); Cramer (2016, p. 13-33); Mitidiero (2018, p. 29-43) e Kircher (2018, p. 56-64), inclusive no exterior MacCormick e Summers, (1997, p. 531-550), de modo que assinala haver paulatina adoção de leis no sistema do *common law*. Sendo importante enfatizar que não foi criado um *stare decisis* brasileiro com a previsão dos precedentes qualificados no CPC, contudo importante asseverar que no Brasil sempre foi considerado o caráter persuasivo dos precedentes dos tribunais, o que inclusive pode ser sustentado com base na doutrina estrangeira:

If there is a basic point to be emphasized, it is that precedents can make all sorts of demands on our attention. Much of this book is concerned with the classic common law argument that precedents set by courts do not merely claim the attention of, but actually bind, Other courts. This is the doctrine of stare decisis – i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation.³² Although it would be a mistake to think that courts in civil-law jurisdictions never follow precedents it is fair to say that stare decisis is very much a common-law – and indeed, we will see, a modern common-law – doctrine and that continental lawyers tend to think of precedent as persuasive argument rather than as legal authorit. (DUXBURY, 2008, p. 12-13)⁵

Essa forma abrangente de abordagem histórica-evolutiva do tema dos precedentes não será objeto de explanação neste trabalho dissertativo, uma vez que se encontra contemplado na maioria das obras pesquisadas, sendo desnecessária a mera repetição ou resumo de extensa abordagem. Não se tem a pretensão de menosprezar referidas fontes de consulta, ao revés, devem ser consultadas, mas sua mera reprodução manualesca escaparia do escopo de trabalhos acadêmicos de viés crítico.

Independentemente das funções que o precedente ocupou na história do Direito inglês, que segundo Duxbury (2008, p. 32) e Mitidiero (2018, p. 29) experimentou uma evolução semântica desse termo, sintetizada para ilustrar o direito, persuadir os aplicadores e obrigar os demais órgãos do Judiciário a seguir a solução jurídica aviltrada (como uma função

⁵ **Tradução livre:** Se há um ponto básico a ser enfatizado, é que os precedentes podem fazer todo o tipo de exigências à nossa atenção. Grande parte deste livro é preocupado com o argumento clássico do direito consuetudinário de que os precedentes estabelecidos pelos tribunais não apenas reivindicam a atenção de, mas na verdade vinculam, outros tribunais. Esta é a doutrina do *stare decisis* – ou seja, decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgirem novamente em litígio.³² Embora seja um erro pensar que os tribunais em jurisdições de *civil law* nunca seguem precedentes, é justo dizer que o *stare decisis* é muito mais que o *common law* – e, de fato, veremos, o *common law* moderno – vincula e que os juristas continentais tendem a pensar no precedente como argumento persuasivo e não como autoridade legal.

dominante, como se reproduz hodiernamente), entendo como fez Mitidiero tratar-se, em verdade, de um problema transestorial, ou seja, de um conceito que não está limitado a um determinado ramo do direito (como por exemplo, ao campo de indagações do direito constitucional, do processo civil ou do processo penal), mas de preocupações da teoria geral do direito, como definição das fontes do direito, à teoria da decisão com consequências práticas na interpretação e aplicação do direito (MITIDIERO, 2018, p. 29-43).

De um modo, em que pese o apelo desses autores aos aspectos histórico e comparado, percebe-se que a iniciativa do legislador e de parcela significativa de setores do Poder Judiciário nacional decorreu, como bem percebeu o professor Newton Pereira Ramos Neto, do aumento da judicialização no nosso país (RAMOS, 2019, p. 196-214), que segundo dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por exemplo, para o ano de 2020⁶, atingiu a marca de 75,4 milhões de processos judiciais em tramitação (BRASIL, CNJ, 2021).

Como destacado por Mitidiero, a adoção de um conjunto de normas voltados à criação de precedentes vem servindo mais à gestão de processos de massas, ou seja, foi idealizado como mais uma ferramenta para a gestão de casos, vale dizer, para a contenção do enorme volume de recursos carreados aos tribunais superiores, fenômeno que já era objeto de preocupação antes mesmo do advento do atual CPC.

Em uma perspectiva crítica desse cenário, percebe-se que a abordagem do instituto do precedente teve na sua origem saxônica ligação com o problema da segurança jurídica e para definir as fontes de produção normativa do que vir a constituir-se como um instrumento de gestão processual de modo que o senso comum de que existe uma aproximação entre o nosso sistema jurídico com o da *common law* demonstra-se equivocado ou, pelo menos, ilusório. De modo claro, no direito inglês, conforme destacado por Mitidiero não foi essa a função do precedente no início, uma vez que o monarca se preocupava com questões primárias do reino, como as guerras e o abastecimento, e não com a segurança jurídica ou se importava com o modo como julgavam as cortes (MITIDIERO, 2018, p. 30-32).

Em um resumido corte histórico que tem origem no surgimento da Corte de *Pleas*, explica Daniel Mitidiero, onde era aplicada a justiça em nome do Rei, não havia ainda a predominância de uma lei escrita. Como fonte do direito, àquela quadra histórica eram invocados os *costumes*, no sentido de *usos do antigo homem inglês*, ou dos *usos do tempo*

⁶ Refere-se à pesquisa que foi publicada no ano de 2021, mas que tem por base o ano anterior.

anterior à memória do homem inglês, em que os juízes conheciam o costume (direito místico, por assim dizer, um direito a ser revelado). Poucos eram os casos levados para julgamento como, por exemplo, a discussão sobre o direito de transpasse de terras, os quais eram reduzidos a escrito e julgava-se por bom senso (MITIDIERO, 2018, p. 32).

No Século XIII, prossegue Mitidiero, invocando a figura de Lord Bracton, que viveu aproximadamente de 1210 a 1268, a despeito de que nos julgamentos proferidos emprestava-se maior destaque às leis e aos costumes da Inglaterra, mencionava que os juízes ao julgar um caso procuravam ilustrar o direito a partir de outros casos, invocando princípios gerais que eram de casos semelhantes, semelhante à função doutrinária (MITIDIERO, 2018, p. 33).

Desse modo, asseverou que Lord Bracton dizia que era justo que os magistrados ingleses julgassem de maneira semelhante, sendo este o cunhador da célebre expressão *a similibus a similia*, ou seja, que se deve julgar o semelhante de maneira semelhante, a qual deu origem à expressão “*treat like cases alike*”, denominador originário da ideia do moderno precedente. Dessa leitura importante, pondera-se que existia nessa ideia um princípio de direito que foi captado como um ideal de justiça que, naquela época, não eram assuntos do interesse primário do Rei e nem chegavam ao seu conhecimento, ficando sob a responsabilidade apenas dos juízes (MITIDIERO, 2018, p. 33-34).

Passando ao início do século XVII, destaca-se a figura do Lord Chief Justice Edward Cooke, uma figura icônica do Common Law inglês, que viveu entre os anos de 1552 a 1634, sendo o responsável pelo julgamento do famoso julgado Bohman’s Case. À época, Edward Cooke conviveu com o então Chefe da Casa Civil do Rei James I, Thomas Hobbes. Naquela época, ainda eram os juízes responsáveis por administrar a justiça em nome do Rei, sendo que este podia rever os julgamentos. De fato, os juízes não podiam opor o direito ao Rei, uma vez que o Rei era considerado a fonte do Direito, o que era considerado como uma boa ideia pela nobreza (MITIDIERO, 2018, p. 34).

O fruto da disputa política entre Edward Cooke e Thomas Hobbes culminou com a passagem da primeira para a segunda etapa histórica do precedente na Inglaterra, quando alçou o patamar de *norma jurídica*. Nesse período, teve destacado papel Willian Blackstone, quando então os precedentes qualificados passaram a ser considerados *regras* que deveriam ser aplicadas para solução dos casos, *salvo* se fossem injustos ou absurdos. Espelhavam o direito ou a prova da existência do direito, uma vez que estavam fundados no brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, em tradução livre “*respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido*”, que no direito inglês era utilizado para se referir à doutrina

segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente (regras para julgamento futuro) e vinculam futuras **decisões**. (MITIDIERO, 2018, p. 34-36).

Em outras palavras, destaca-se que o respeito ao passado forjou a ideia de precedente com base na *tradição*. Nesse ponto, lembra Mitidiero uma frase de Edward Cooke quanto aos livros (compilações) que trazem os casos que revelam ser a melhor prova do direito (*best evidence*). (MITIDIERO, 2018, p. 35-36).

Relembra Mitidiero que Willian Blackstone, então professor em Oxford, foi certa vez questionado por seu aluno Jeremy Bentham sobre qual seria a garantia de que o precedente não será afastado por ser injusto ou absurdo no futuro. Nessa oportunidade, Blackstone teria respondido que isso não aconteceria porque os juízes não irão desobedecer ao precedente. Comenta Mitidiero que essa resposta não convenceu Bentham, uma vez que seria mais uma resposta mais sociológica do que jurídica (*enforcement*). Com isso, cresceram as críticas ao longo do século XVIII, de modo a sugerir a codificação do direito inglês em substituição às compilações de casos julgados, contudo os ingleses não buscaram essa solução por força no respeito à tradição e mantiveram o sistema de *case law*. (MITIDIERO, 2018, p. 36-37).

Na sequência histórica, destaca Mitidiero que no início do Século XIX, a organização judiciária inglesa não era clara, seu desenho institucional ainda era obscuro, e as normas de competência idem, o que levou os ingleses a discutir o problema e lançar como solução a edição de vários *acts* entre os anos de 1863 e 1865, para construir um sistema hierarquizado do Poder Judiciário que tinha a House of Lords no vértice.

Com o passar dos anos, os membros da House of Lords discutiram se a segurança jurídica imprimida pelo sistema da *case law* era ou não para valer, o que segundo Mitidiero restou definido no Caso Bemish de 1861 e no Caso London Trailways de 1898, que constituíram marcos da conclusão de que a *House of Lords* não deveria se afastar de seus próprios precedentes, ainda que não concordasse com eles, admitindo, porém que os precedentes podem ser interpretados e eventualmente afastados mediante distinções quando forem absurdos e injustos (MITIDIERO, 2018, p. 38-39).

A importância desse resgate histórico se fez necessária para lembrar que o direito inglês inspirou as ideias de unidade do direito; de busca pela segurança jurídica e isonomia, além da ideia de que os órgãos estatais devem manter fidelidade às leis e tradições consideradas justas, naturalizando esse respeito e criando a expectativa legítima de que não irão proceder de maneira diferente.

De modo geral, passando a focar no objetivo desta pesquisa, em relação as fontes do direito penal e processual penal os autores nacionais não fazem referência expressa aos precedentes, mesmo nas obras mais recentes e após mais de seis anos da vigência do CPC.

A doutrina necessita atualizar o tratamento desse tema, uma vez que o interesse por ele está circunscrito à pós-graduação. Poucas são as obras publicadas⁷ que abordam criticamente o tema no campo criminal, inclusive para esclarecer como definir a *ratio decidendi* e a dinâmica dos precedentes, exceto pela menção do tema em algumas obras ao criticar a edição de súmulas vinculantes, mas sem um aprofundamento quanto aos demais provimentos.

É fato que muitos manuais fazem uso corrente, como argumento de autoridade, de julgados do STF e do STJ, com enorme destaque para a jurisprudência, pressupondo que servem ao ensino jurídico, em verdade, trazendo um discurso homogêneo e generalista, desprezando que o ponto de partida deve sempre ser a lei, olvidando problemas que a ausência de adequada interpretação pode provocar e sem realizar uma abordagem adequada das técnicas de aplicação dos precedentes.

Ordinariamente, quando o assunto é abordado por manualistas trabalham-no na temática propedêutica das obras, geralmente o capítulo das fontes e o da interpretação do direito penal ou processual penal, mencionando de modo expresso apenas a expressão “jurisprudência” como uma fonte formal mediata ou indireta e ressaltando que nosso direito se filia à corrente germano-românica. Ora, como será abordado, os termos jurisprudência e precedente não são sinônimos e estes não se esgotam nas súmulas vinculantes ou teses de repetitivos.

Luiz Régis Prado, por exemplo, no campo do direito penal, mesmo após a vigência do CPC, à propósito assim se manifesta:

Em linhas gerais, pode-se afirmar que juízes e tribunais ‘recriam’ o Direito a cada momento, interpretando e aplicando o Direito na solução *justa* dos conflitos sociais. A partir das normas gerais, nasce a norma individual.

O juiz, como operador do Direito, atua, na aplicação das normas jurídicas, adstrito aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico como um todo, e especialmente pela Constituição.

Dessa forma, deve ser entendida restritivamente a denominada função criadora da jurisprudência, que não se confunde, no sistema brasileiro, com o papel atribuído à lei, como fator de produção normativa.

Assim, em um sistema jurídico escrito e romanístico, em que o precedente jurisprudencial, em geral, não tem caráter *vinculante*, obrigatório, não se pode atribuir à jurisprudência a condição de fonte criadora do Direito similar à lei.

Diferentemente da lei, a sentença circunscreve-se ao âmbito de ação ou de competência do juiz ou tribunal, não obrigando os demais órgãos jurisdicionais. Não

⁷ Alguns exemplos: Gomes (2008); Scheid (2009); Ramires (2010); Pinho (2013); Kircher (2018); e Galvão (2022).

está, pois, o julgador necessariamente vinculado, na decisão do caso concreto, à jurisprudência, por mais uniforme que esta seja (v.g., Súmulas do STF).

É verdade que, em geral, a jurisprudência preponderante dos tribunais superiores acaba se impondo, mas em geral não de forma obrigatória ou absoluta (PRADO, 2019, p. 193-194).

No processo penal, também asseverando tratar-se de fonte formal indireta ou mediata cabe mencionar Guilherme de Souza Nucci para quem:

A jurisprudência constitui, também, fonte indireta do processo penal, pois acrescenta e/ou elimina determinados significados à letra da lei vigente, que levam à alteração (por vezes completa) da prática forense. Um exemplo disso é a permissão para executar a pena, após a decisão condenatória proferida em segunda instância. O STF autorizava, interpretando normas processuais penais em confronto com as constitucionais; em 2009, vedou, afirmando que o sentido interpretativo estava equivocado, de modo que a pena somente poderia ser cumprida após o trânsito em julgado (cessação de todos os recursos); em 2016, novamente, o STF passou à primeira posição, tornando a dar interpretação diversa às normas de processo penal em relação à CF (NUCCI, 2020, p. 260).

Percebe-se que Guilherme de Souza Nucci preocupou-se ao menos em mencionar um dos mais importantes precedentes do STF dos últimos anos⁸, consubstanciado em decisão que superou paradigma anterior. Em outra passagem, afirmou:

Por vezes, verifica-se a atuação jurisprudencial gerando normas penais ou processuais penais, embora em benefício do réu. Exemplo disso foi a admissão, há alguns anos, da tese de exclusão da culpabilidade consistente na inexistência de conduta diversa. Por vezes, no campo processual penal, aponta-se julgado contra os interesses do acusado, como a decisão do STF permitindo prender o réu após o julgamento em 2.º grau, mesmo sem o trânsito em julgado.

Por isso, não vemos como negar o caráter de fonte do direito processual penal à jurisprudência.²⁶ O correto, entretanto, é a produção de normas favoráveis ao réu, em homenagem ao princípio da prevalência do interesse do acusado. No entanto, nada impede que os tribunais, particularmente o STF, produzam alguma interpretação rigorosa e prejudicial ao réu, buscando sanar uma dúvida de avaliação do sistema normativo.

Na realidade, a jurisprudência, conforme certas interpretações, termina por criar normas de maior extensão do que o conteúdo existente em lei (avaliado literalmente). Por isso, a tarefa indispensável do operador do direito – intérprete por obrigação profissional – deve insistir em apresentar argumentos com o fito de mudar aquele entendimento, considerado equívoco. Valendo-se de ensinamentos doutrinários, contando com a capacidade de Ministros de promover uma autocritica e também esperando a alteração da composição da Corte, os advogados e membros do Ministério Público podem investir na alteração da jurisprudência dominante e, com isso, garantir o nascimento de outra fonte do direito (NUCCI, 2020, p. 274).

As visões desses autores ilustram bem uma compreensão ainda equivocada sobre os conceitos e técnicas do sistema de provimentos qualificados, o novo papel do Poder Judiciário como intérprete e aplicador do direito (*law in action*) e os impactos que ocorrerão no processo penal.

⁸ Referiu-se o autor aos seguintes julgados do STF: HC 84.078/RJ; HC 126.292/SP; ARE 964.246/SP – RG e as ADC's 43, 44 e 54.

Como encerramento deste ponto, com base na filosofia do direito, posiciona-se os precedentes qualificados dentro do contexto do que o saudoso professor Miguel Reale chamava de modelo hermenêutico do direito no sentido de que o direito, ou o fenômeno jurídico, não se esgotaria nas fontes tradicionais reconhecidas pela doutrina e que se expressa muito além de uma noção centrada na lei como principal fonte do direito (REALE, 2012).

Desse modo, no revisionismo das fontes do direito de Miguel Reale, o chamado modelo hermenêutico do direito não se preocupa apenas com o passado do Direito, mas com seu presente e seu futuro, ou seja, reflete sobre a formação do Direito em função de seu sentido atual, o que se faz com recurso à abordagem *ontognoseológica* do Direito, pensado enquanto “experiência” estruturada numa “dialética de implicação-polaridade-complementaridade” de seus diferentes “momentos” de existência.

Assim posta, a hermenêutica deve explicitar a racionalidade da norma na sua existência concreta, sua razão-de-ser em concreto, e o desdobramento dessa nas variadas situações que exigem sua atual aplicação. (REALE, 2012). Como labor dos tribunais, tem-se que o precedente se presta à função aludida pelo mestre.

1.3 Existe um microsistema de precedentes qualificados?

A resposta ao provocativo questionamento acima se apresenta como premissa necessária ao desenvolvimento de um sistema de precedentes qualificados, uma vez que a palavra sistema é polissêmica e possui origem nos termos gregos *systema* e *synistanai*, cujo significado é juntar (DEZEM, 2020, p. 93).

Apesar do esforço por uniformidade na definição, deve-se admitir que não existe uniformidade, uma vez que para Norberto Bobbio a palavra sistema tem o sinônimo de ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999, p. 71). Seguindo outra senda, como defende Rui Cunha Martins, a palavra sistema vem designar um conjunto de temas relacionados entre si em torno de um princípio unificador ou regente, que formaria um todo pretensamente orgânico, destinado a uma finalidade (MARTINS, 2010, p. 83).

Como reforço às ideias apresentadas, a professora Márcia Haydée Porto de Carvalho destaca que a compreensão da expressão sistema dependerá de sua evolução e assimilação pelo direito positivo, quando então se tem o sistema jurídico ou normativo e (sub)sistemas dentro do sistema jurídico, dos quais se sobressai o sistema constitucional (CARVALHO, 2008, p. 23).

De fato, para a notável professora de hermenêutica a noção de sistema é antiga, oriunda do grego, no que concorda com Dezem (2020, p. 93), contudo do sentido inicial de reunião ou conjunto, passou a ser entendida como conjunto organizado de partes, que têm entre si uma relação de mútua dependência. Essa noção permitiria traçar os contornos do ordenamento jurídico e mostra o caminho que pode ser suficiente para o escopo desta pesquisa.

Como sabido, para Hans Kelsen (1994, p. 79-80), para quem a ordem jurídica seria um sistema de normas, define-se sistema jurídico como aquele formado por um conjunto de normas, cuja validade pode ter sua origem remetida a uma mesma norma fundamental, distinguindo o sistema normativo em 2 (dois) tipos:

- a) o **sistema estático**, em que as normas são “válidas” em virtude de seus conteúdos derivarem da norma fundamental específica, e
- b) o **sistema dinâmico**, do qual consiste o ordenamento jurídico, de onde as normas que o compõem derivam umas das outras, através das autoridades autorizadas a cria-las por alguma norma superior, portanto, por meio de delegações sucessivas de poder, até desembocar na chamada norma fundamental.

Contrapondo-se às ideias de Hans Kelsen, Bobbio (1999, p. 77) considera 3 (três) distintas acepções de sistema, a) o sistema dedutivo; b) o indutivo e c) aquele que inadmite a coexistência de normas incompatíveis. Por outro lado, Marcelo Neves compreende que coerência ou compatibilidade não constituem notas essenciais para os sistemas proposicionais com função prescritiva (normativa), como o ordenamento jurídico, uma vez que não estão necessariamente subordinados às leis lógicas do pensamento (princípio da não-contradição), admitindo as antinomias enquanto não for expulsa a norma em conflito (NEVES, 1988, p. 16-38).

Nessa ordem de pensar, segundo Marcelo Neves o ordenamento jurídico consiste em um sistema dinâmico no sentido Kelseniano, ajustado em uma unidade formal, cujas normas estão postas por autoridade prevista, direta ou indiretamente, pela norma fundamental, faltando-lhe justamente a coerência ou consistência. Afasta-se da Teoria Pura do Direito ao estabelecer distinção entre os termos pertinência (integração da norma em um ordenamento até que seja expulsa por invalidade ou revogação) e validade (resultado da conformidade da norma) com todas as regras de admissão formais ou materiais contidos na Constituição (de processo legislativo ou de pertinência material). Conclui-se que o sistema jurídico não é harmônico, embora tenha por finalidade a harmonia (NEVES, 1988, p. 16-38).

Existem ainda controvérsias sobre quais são os componentes dos sistemas jurídicos, se apenas normas (Hans Kelsen) ou outros elementos (Miguel Reale = fato, valor e normas). Nesse sentido, esclarece Marcelo Neves, seguindo o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, que o sistema jurídico é pluridimensional, assimétrico e dialético, uma vez que as três dimensões integram seus subsistemas, sendo que as assimetrias entre si não eliminam a unidade sistêmica em unidade dialética (conflitos e harmonias entre as partes) (NEVES, 1988, p. 16-38).

Para a professora Márcia Haydée Porto de Carvalho o sistema jurídico é efetivamente um conjunto de normas jurídicas articuladas entre si (sistema dinâmico kelseniano), que objetiva ordenar racionalmente a conduta humana, em um todo unitário, contudo de caráter aberto com outros sistemas com os quais se relaciona, inaugurado por uma Constituição, que visa assegurar os valores da pessoa humana, notadamente a dignidade desta. Desse modo, importante assertar que em razão de seu caráter aberto, comunica-se com outros sistemas (axiológico, de conflitos sociais, políticos, econômicos e religiosos), de onde recebe informações que podem modificá-lo, o que pressupõe a existência de critérios para compatibilizar as normas que o integram com aquelas que lhe sejam superiores (CARVALHO, 2008, p. 27).

Para Claus-Wilhelm Canaris, no conceito de sistema jurídico encontra-se também a ideia de finalidade, por isso o ordenamento jurídico só pode ser ordenado axiologicamente para realização de valores, definindo esses valores como os princípios gerais de direito. Em outras palavras, conceitua-o como ordem teleológica de princípios gerais de direito. Afirmou ainda que o sistema jurídico alemão atual é aberto, desde que se compreenda por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema (CANARIS, 2002, p. 66-76).

De acordo ainda com a literatura sociológica-jurídica o direito trata-se de um sistema autorreferencial ou autopoietico, expressão cunhada pelos biólogos chilenos Humberto Maturana Romesín e Francisco Varela Garcia para quem um sistema autopoietico caracteriza-se pela existência da capacidade de (re)produção dos elementos que compõem o sistema e que geram sua organização pela relação interativa entre eles (ROMESÍN; GARCIA, 2004, p. 101-105).

Duas são as condições para verificação de um sistema autopoietico: a) fechamento e b) autonomia do sistema. O fechamento relaciona-se com sua organização, significa que não há entradas (*inputs*), nem saídas (*outputs*) para o meio circundante. A autonomia refere-se à circunstância de que os eventos ocorridos são determinados apenas por seus próprios

elementos, segundo sua própria ordenação e não por elementos do mundo exterior. A clausura ou fechamento não significa que não se relacione com o meio, porque pode ser influenciado pelo entorno através de “acoplamentos estruturais”, relações entre sistema e meio envolvente que não atentem contra a autopoiesis (CARVALHO, 2008, p. 29-30).

O transplante ou extensão da ideia de sistema autopoietico para as Ciências Sociais deveu-se à Niklas Luhmann, que defendeu a compreensão que os sistemas sociais são autorreferenciais, cujos elementos são as comunicações. Para o sociólogo alemão o direito é um subsistema da sociedade, sendo cada parte deste uma unidade que produz e se reproduz unicamente por meio do próprio sistema e não por meio de fatores situados no entorno, aplicando a ideia de clausura ou fechamento tanto para o sistema da sociedade, quanto para o sistema jurídico. O direito desenvolve-se apenas por seus próprios impulsos, embora possa ser estimulado por irritações autoproduzidas pelo sistema (LUHMANN, 2016).

Do mesmo modo, Günter Teubner, discípulo de Luhmann, classificou o direito como um sistema autopoietico de segundo grau, autônomo em relação à sociedade (sistema autopoietico de primeiro grau), pois que autorreferencial de seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes. A autonomia jurídica não exclui a interdependência entre sistema jurídico, sistema político e sistema econômico (TEUBNER, 2005).

Essa teoria do sistema autopoietico, operacionalmente fechado, proporcionou novo embasamento teórico à tese da completude, defendida na Teoria Geral do Direito pelos positivistas, uma vez que existe o sistema aberto, desenvolvida pela corrente sistêmica contemporânea, o qual pode ser definido como o que apresenta um contínuo intercâmbio com o seu entorno. Em outras palavras, é o sistema que transforma inputs em outputs, que retroalimentam o sistema, através de feedbacks (processo de retroalimentação). O sistema jurídico é um sistema aberto de normas, específico, por suas características próprias e que se autorregula, e se comunica com o sistema social e o de valores, de onde recebe informações que, ao ser captadas, podem vir a determiná-lo, recebendo ou recusando os fatores oriundos dos outros sistemas (CARVALHO, 2008, p. 30-32).

Essas premissas são úteis para compreensão de que um microsistema de precedentes qualificados como fenômeno jurídico desprovido de unidade, coerência e finalidade, contemplando-o com as técnicas próprias dos demais subsistemas jurídicos, bem como para relacioná-lo com a teoria da decisão e das nulidades. Desse modo, percebe-se que um conjunto de normas positivadas no âmbito do CPC não criará automaticamente um microsistema de precedentes como o forjado na *common law*, onde a vinculação decorreu da

tradição ou imaginar que o sistema inglês possui somente virtudes que dispensam um olhar crítico.

Por outro lado, não se pode desprezar toda a experiência histórica brasileira desde a previsão dos assentos no Brasil Império, como lembra Tucci (2004, p. 233-246), e o que foi projetado pelo legislador do CPC, e que está em vias de implantação. Óbvio que a análise da realidade dos nossos tribunais revela que não se pode ter uma visão romântica de que os precedentes qualificados irão resolver o expressivo número de processos e recursos, muitos dos quais possuem semelhanças fáticas e jurídicas com processos anteriores que já foram julgados, de modo que a resolução dos novos processos poderá ser facilitada se utilizadas as novidades do microsistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes qualificados embasado nos deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade previstos no artigo 926, do CPC (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON; 2016, p. 373-455).

De ver ainda que a previsão das normas sobre provimentos vinculantes no CPC visou sobretudo cumprir funções específicas dentro do subsistema processual civil, as quais não irão cumprir as mesmas funções no processo penal em razão de inexistir técnicas de tutela ou procedimentos idênticos.

Em que pese nesta dissertação haver posicionamento pela aplicabilidade dos provimentos qualificados no processo penal mediante aplicação analógica autorizada pela norma do artigo 3º, do CPP, posição de diversos autores, Cramer (2016, p. 216) defende a inaplicabilidade do artigo 927, do CPC nos processos penal, por compreender que não se trata de uma norma heterotópica, mas uma norma de direito processual civil.

De fato, os provimentos qualificados desempenham diversas funções técnicas no processo civil, cuja importação para o processo penal deve ser realizada em razão das peculiaridades de cada ramo do processo.

Conforme lembra Didier Jr. (2018, p. 125-130) autores como Rogério Lauria Tucci e Aury Lopes Júnior não aceitam a concepção unitária da teoria geral do processo, pugnando pela separação desses ramos da ciência processual. E Tucci (2001, p. 49) assevera ser inadmissível que o processo penal absorva regramentos e institutos próprios do processo civil, a exemplo, como disse, dos conceitos de lide, processo, ação cautelar e revelia, próprios do processo civil.

Lado outro, Lopes Jr. (2019, p. 63-73) valendo-se da metáfora da Cinderela carneluttiana, argumenta que existe um problema pedagógico da disciplina de teoria geral do processo por ser ministrada por processualistas civis que desconhecem o processo penal e,

quando o reportam, viciam o sentido do discurso. Acrescenta ainda que os conceitos de lide, jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa produzidas para o processo civil são irrelevantes e inaplicáveis no processo penal, centrando suas críticas na tentativa de transplante de categorias próprias do direito processual civil.

Didier Jr. (2018, p. 128) concorda que os ramos do processo não se confundem, como de fato ocorre, pois possuem objeto e regramento específicos, como por exemplo o regramento da produção de provas por iniciativa oficial que sofre injunções do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB), na dimensão da regra probatória (*in dubio pro reo*) como lembram Tourinho Filho (2018, p. 76-80), Fernandes (2007, p. 327) e Lima (2021, p. 48); quanto ao regime jurídico da coisa julgada, visto que a sentença penal condenatória não se torna imutável, considerando que, a qualquer tempo, pode ser objeto de controle por meio da revisão criminal (cf. artigo 621, do CPP). Além desses institutos, podem ser citados que não existe identidade quanto aos regimes das preclusões, da competência e das invalidades processuais.

De toda forma, antes da atual sistematização trazida pelo CPC, verifica-se na Constituição Federal a previsão do controle de constitucionalidade e, com a EC nº 45/2004, as súmulas vinculantes, como manifestações de provimentos qualificados para o processo penal, uma vez que não se nega que os juízes e tribunais sempre os invocaram, além do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário (§3º do artigo 102, da CRFB, na redação dada EC nº 45/2004; artigo 543-A, do CPC/73) e da técnica dos recursos repetitivos (artigo 543-C, do CPC/73), estes acrescentados ao texto do antigo CPC.

Lembrar que o CPC menciona o termo “precedente” diversas vezes, enquanto que o legislador somente recentemente o incorporou expressão ao texto do vestuto CPP, por intermédio da Lei nº 13.964/2019, ao prever no §2º, do artigo 315, do CPP⁹, hipóteses de nulidade da decisão que limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

⁹ § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964/2019).

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento e, em derradeiro, ao modificar a regulamentação dos recursos extraordinário e especial (cf. artigo 638, do CPP¹⁰), de modo a encampar o procedimento contemplado no CPC.

No processo civil, destaca Ramos (2019, p. 196-214) os precedentes qualificados podem ser utilizados como método de aceleração do procedimento ou de sumarização da cognição, além de ainda ser considerado entre os chamados poderes finalísticos do juiz á luz do paradigma do Estado democrático de direito.

De fato, sem pretender ser exaustivo, os precedentes qualificados foram considerados pelo legislador para fins de concessão da tutela de evidência (artigo 311, inciso II, do CPC); para o julgamento de improcedência liminar do pedido (artigo 332, do CPC); para o julgamento antecipado do pedido e julgamento antecipado parcial do mérito (artigo 354 e 355, do CPC), uma vez que a existência de precedente sobre questão jurídica facilita a solução do caso, como bem explicou Macedo (2019, p. 541-542); cabimento da ação rescisória (artigo 966, inciso V, e §§5º e 6º, do CPC), e da reclamação (artigo 988, do CPC); poderes do relator (artigo 932, incisos IV e V, do CPC); concessão de tutela antecipada recursal; regras do cumprimento de sentença relacionada a precedente que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo que serviu de base ao título executivo (artigos 525, inciso III, e §§ 12 à 15; 535, inciso III, §§ 5º à 8º, ambos do CPC); configuração de omissão para fins de cabimento de embargos de declaração (artigo 1.022, parágrafo único, do CPC); cabimento de embargos de divergência (artigo 1.043, do CPC) para sanar divergência entre órgãos fracionários do STF ou do STJ, em julgamento de RE ou REsp, para ficar em algumas situações em que os provimentos qualificados podem auxiliar.

Como essas técnicas não estão integralmente reproduzidas e/ou assimiladas no processo penal, considerando o objeto deste, questiona-se de que modo as decisões padronizadas devem ser, *de lege lata*, utilizadas no direito processual penal.

Como contribuição nessa discussão, podem ser consideradas pelo juiz para uso de precedentes qualificados no processo penal as seguintes: análise do recebimento da peça acusatória, análise de pedidos de prisões cautelares ou de eventual revogação daquela outrora concedida e a análise da absolvição sumária (artigo 386, do CPP).

¹⁰ Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Nessa senda, as hipóteses de rejeição da peça acusatória são comumente relacionadas pela doutrina e jurisprudência como hipóteses de julgamento liminar (TOURINHO FILHO, 2018, p. 263; PACELLI; FISCHER, 2019, p. 916), que devem ser, em conjunto, analisadas a partir dos artigos 41 e 395, do CPP^{11 12}.

Oportuno verificar que na lei processual penal podem ser encontradas expressões vagas ou conceitos jurídicos indeterminados, tais como a expressão “*justa causa*”, prevista no inciso III, do artigo 395, do CPP, cuja compreensão jurídica desperta muita controvérsia na doutrina por Jardim (2018, p. 775) e Moura (2001, p. 165-175), que demandará interpretação a partir da análise dos elementos informativos contidos nos autos (contextualização fática), bem como do auxílio da doutrina e jurisprudência para interpretação e aplicação adequada da norma legal.

Nesse contexto de recebimento ou rejeição da peça acusatória, compreende-se “*justa causa*” como o conjunto ou lastro probatório mínimo em que se baseia a acusação de modo a justificar a deflagração da ação penal (JARDIM, 2018, p. 775). Desse modo, o recebimento da peça acusatória deve sempre considerar um viés confirmatório (*information bias*) um julgamento pelo recebimento da peça acusatória baseado em viés

Para ilustrar, cumpre citar a fixação de precedente qualificado (artigo 927, inciso III, do CPC), nessa temática pelo STF no julgamento do RE 593.443 RG, objeto do Tema 154, em sede de repercussão geral, julgado pelo Plenário, assim redigida:

Qualquer decisão do Poder Judiciário que rejeite denúncia, que impronuncie ou absolva, sumariamente, os réus ou, ainda, que ordene a extinção, em sede de “*habeas corpus*”, de procedimentos penais não transgride o monopólio constitucional da ação penal pública (CF, art. 129, I) nem ofende os postulados do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII) e da soberania do veredicto do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, “c”).
Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

¹¹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719/2008)

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹² RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA ANTE AS RAZÕES VEICULADAS. O trancamento da ação penal pressupõe situação enquadrável em uma das hipóteses contempladas em lei, surgindo, antevisão diversa, a repercussão geral própria ao extraordinário no que se obstaculizou a atuação do Ministério Público em favor da sociedade e o crivo do Juízo mediante a sentença de pronúncia, ou não, a ser prolatada. (RE 593443 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-07 PP-01485 RF v. 105, n. 404, 2009, p. 475-477).

Dessa maneira, a par da pretensão do transplante de normas do CPC, referentes ao microsistema de provimentos qualificados, para o CPP, o desiderato representa solução técnica possível, porém para a solução dos problemas próprios do processo penal e, em especial, para fins de aplicação de pena, mister haja cuidado para não sacrificar os direitos fundamentais do investigado ou acusado. Assim, os diversos tipos de procedimentos no processo penal devem ser coordenados no sentido de que possa haver uma consideração e aplicação pelos magistrados aos casos concretos, como técnica de abreviação de procedimentos, sem olvidar que para imposição de prisões cautelares, quebra de sigilos, determinação de busca e apreensão, recebimento da peça acusatória, homologação de acordos no contexto da consensualidade no processo penal ou mesmo no julgamento de mérito, com imposição de pena, devem ser obedecidos o devido processo penal, o contraditório e a ampla defesa, evitando decisões surpresa ou aplicação deficiente do precedente.

Lado outro, quando se tratar de situações inversas, ou seja, em benefício do investigado ou acusado, o julgamento com uso de padrões decisórios também deve ser feito com adequada utilização das técnicas próprias da dinâmica dos precedentes qualificados, especialmente da técnica da distinção, de modo a preservar o núcleo de garantias processuais penais plasmadas na Constituição Federal sem comprometer o justo equilíbrio com a defesa dos interesses da sociedade e da vítima diante da prática de infrações penais.

Conclui-se que existe sim um sistema de precedentes qualificados no Brasil, formado sobretudo pela experiência dos tribunais a partir de julgamento de casos concretos para fins de fixação de teses ou orientações dos tribunais superiores para os demais órgãos do Poder Judiciário, utilizando as normas previstas no ordenamento jurídico, por força do artigo 3º, do CPP.

Essa realidade sempre existiu no nosso país, ainda que sob uma regulamentação inconsistente e esparsa quanto a previsão de institutos e procedimentos, entretanto não se pode negar que em sede de controle concentrado de constitucionalidade sempre existiu, inclusive regulamentando pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, conforme acima exposto, sendo posteriormente acrescentada a súmula vinculante e a exigência de repercussão geral no RE, com a EC nº 45/2004. Por outro lado, a legislação infraconstitucional, especialmente no processo civil, foi acrescentando aos poucos novos instrumentos, como a sistemática dos recursos repetitivos, para fins uniformizar a jurisprudência e fixar teses em recursos repetitivos, antes mesmo da vigência do novo CPC, caracterizando um ensaio normativo do microsistema de precedentes.

1.4 É necessário um microssistema de precedentes qualificados criminais?

A partir deste ponto será abordada a necessidade da adoção de um microssistema de precedentes qualificados na seara criminal, a partir da constatação de que novos paradigmas no âmbito da teoria da interpretação foram descortinados para superar o formalismo interpretativo do positivismo jurídico.

De fato, trata-se de alteração importante que ressignificou o papel da hermenêutica e da interpretação jurídica com reflexos na compreensão do que é o direito hodiernamente e para repensar conceitos, institutos e a própria função do princípio da legalidade no direito Penal (KIRCHER, 2018, p. 65).

Com efeito, o paradigma liberal que influenciou o conhecimento no século XIX e início do XX, caracterizou-se pela compreensão de que a interpretação era a atividade meramente declaratória do direito, no sentido de descobri-lo, e que o direito estava nos textos legais, havendo clara opção da lei como ponto de chegada e onde não haveria espaço para falar em construção ou reconstrução de sentidos (LARENZ, 1997, pp. 9-19).

À propósito do período, trecho bem representativo de Karl Larenz:

[...] o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador - tem apenas que executá-la: «um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz [...]» (LARENZ, 1997, p. 12).

Nessa quadra, como afirmado, a tarefa do intérprete restringia-se a uma função meramente declaratória dos textos normativos, confundiam-se texto e norma, então considerados como sinônimos. Cumpria ao intérprete apenas declarar a norma dada pelo legislador (juiz boca da lei), ou seja, desenhava-se uma perspectiva meramente formalista ou cognitivista da interpretação jurídica que define o ato interpretativo como ato de descobrimento ou mero reconhecimento de sentido dos textos, jamais como ato de vontade que envolveria a criação de normas (KIRCHER, 2018, p. 65).

Para esse contexto da teoria da interpretação cognitivista ou formalista, explica Zaneti Jr. (2021, p. 140-154) em que o texto normativo era dotado de um conteúdo unívoco que poderia ser suscetível de ser conhecido pelo intérprete sem a necessidade de empregar valorações ou atuação subjetiva, ou que essa busca restaria manifestada na vontade ou intenção do legislador (*mens legis; voluntas legis*), a partir do texto escrito ou do legislador

histórico e que foi objetivada no texto da lei pouco importando ainda se resulta de uma combinação desses procedimentos como explica Chiassoni (2020, p. 143).

A principal crítica que pode ser assacada ao período se circunscreve ao reducionismo do papel jurisdicional, por tratar-se de uma visão simplista do uso preponderante de um raciocínio silogístico pelo julgador, que remonta ao período iluminista que percebe na função jurisdicional um papel de mero solucionador de casos concretos mediante o ajuste dos fatos à norma, caracterizando o papel de juiz boca da lei fruto da desconfiança no período posterior à eclosão da Revolução Francesa ou de oráculo do direito na experiência inglesa.

Apesar de reconhecer que o Iluminismo exerceu um importante papel para declaração e avanço das modernas garantias penais, especialmente a partir da obra de Cesare Beccaria, contudo não pode passar ao largo o registro de que a concepção do julgador formalista caracteriza enorme fraqueza política (KIRCHER, 2018, p. 67).

Atualmente, em decorrência das transformações sociais ocorridas do período que se estende desde o final da Segunda Grande Guerra aos dias atuais, destaca-se o (re)valorização do papel do juiz na interpretação no direito, inaugurando novos desafios frente a dinâmica das relações sociais e os desafios de uma sociedade pós-industrial, caracterizada pela existência de inúmeros riscos e pela interconexão em escala global. Constata-se que a atual crise de legitimidade observada no direito decorre, em grande parte, da circunstância dos textos legais padecerem sobretudo do problema da chamada dupla indeterminação que se traduz nas características que Kircher (2018, p. 67-68) chamou de equivocidade textual e vagueza normativa.

Quanto a primeira, vislumbra-se que os textos normativos podem apresentar termos potencialmente ambíguos na medida que uma ou mais palavras possam ter sentidos alternativos (significar uma coisa ou outra) ou complexos (conter mais de um significado ao mesmo tempo – significar uma coisa e outra – ser A e B simultaneamente). Por outro lado, o texto ou pode padecer de problemas de implicação (o texto, ao expressar uma norma, gera, necessariamente, outra – uma coisa quer dizer também outra) ou de defectibilidade (o texto gera determinada norma, que admite exceções implícitas – uma norma diz mais do que deveria) (KIRCHER, 2018, p. 67-68).

Como exemplo singular, na seara criminal ocorreu segundo Kircher (2018, p. 68) com o conceito de *casa*, quando interpretado pelo STF no HC 82.788/RJ¹³, onde restou

¹³ EMENTA: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E

POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes qualificados. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes qualificados específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilege du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes qualificados. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes qualificados. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais

esclarecido tratar-se de termo que merece compreensão alargada de modo a incluir espaço não aberto ao público de escritórios profissionais em geral a exigir mandado judicial para fins de busca e apreensão.

Quanto a segunda, necessário reconhecer que alguns termos normativos são vagos ou compreendem-se carregados de conceitos jurídicos indeterminados. Como exemplo, no processo penal, apresenta a necessidade de determinação do que seja *prejuízo* para fins de decretação de situações de nulidade no processo penal, de acordo com o artigo 563, do CPP. No direito penal, podem ser citados ainda as situações de normas penais em branco e do recurso à interpretação analógica ou extensiva sem prejuízo do princípio da legalidade no viés da taxatividade.

Para superação do modelo formalista, é importante deixar assentado nesta pesquisa, o percurso extenso até o estágio atual da hermenêutica que possui como ponto de partida discursivo a necessidade de distinção entre o texto e a norma na tarefa de interpretar e aplicar judicialmente o direito, cuja raiz se encontra na matriz kantiana que destacou que o conhecimento pressupõe a experiência, inexistindo primazia entre essas realidades porque sem a sensibilidade (experiência), nenhum objeto nos seria dado; sem o entendimento (conceitos), nenhum seria pensado, pois pensamentos sem conteúdo são vazios e intuições sem conceitos são cegas (KANT, 2020, p. 41-48).

Em uma nova abordagem, destaca-se ainda a colaboração do novo papel exercido pelo intérprete, a partir do giro linguístico, consistente na constatação de que haverá uma *construção de sentidos* a partir da norma posta, legislada, de modo que o objeto da interpretação é o dispositivo textual e a norma é o *resultado ou sentido da interpretação*, não necessariamente uma correspondência biunívoca entre texto e norma, o que ficou bem claro acima ao apontar que o desenvolvimento semântico no conceito de *casa* e o no de *justa causa* de acordo com a interpretação que o STF emprestou aos termos na sua jurisprudência.

Por outro lado, isso não significar dizer que o direito brasileiro irá se tornar um direito filiado ao *common law*, ou com traços preponderantes deste, mas que a prática judicial incorporou técnicas mais complexas de revelar o direito, no sentido de problematizar o texto

prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. (HC 82788, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 02-06-2006 PP-00043 EMENT VOL-02235-01 PP-00179 RTJ VOL-00201-01 PP-00170).

da lei nos espaços de indeterminação, no movimento que a doutrina enxerga como aproximação entre os sistemas jurídicos.

No geral, as razões que justificam adotar um sistema de precedentes, aplicável a qualquer ramo do direito brasileiro, sem embargo de posições resistentes, podem ser resumidas na concretização da igualdade, da segurança jurídica e da estabilidade¹⁴.

Na doutrina estrangeira Rupert Cross e J. W. Harris aludem que se trata de um princípio básico da administração da justiça tratar casos iguais de maneira igual (*treat like cases alike*), o qual se constitui no mais importante princípio da *common law*:

It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike. This is enough to account for the fact that, in almost Every jurisdiction, a judge tends to decide a case in the same way as that in which a similar has been decided by another judge¹⁵ (CROSS; HARRIS, 2004, p. 3).

Na mesma toada, Neil Duxbury preceitua à respeito da isonomia, uma vez que o respeito aos precedentes qualificados arraigou-se na sociedade saxã como uma questão cultural, seguem-no porque o entendem como correto e não porque existe uma regra legal (lei escrita) que obrigue a tanto:

When judges follow precedents qualificados They do so not because they fear the imposition of a sanction, but because precedent-following is regarded among them as correct practice, as a norm, deviation from which is likely to be viewed negatively¹⁶ (DUXBURY, 2008, p. 21).

Com efeito, as leituras efetuadas na doutrina estrangeira apontam consistente naturalização de respeito ao precedente, inclusive entre os leigos, de modo que não se trata de uma prática restrita ao sistema judiciário ou ao modo de se julgar casos. Para um cidadão inglês, pontua Cramer (2016, p. 52), é antinatural desrespeitar precedentes qualificados e se disser que o Judiciário decide de forma distinta casos iguais decerto isso não será compreendido.

Importante frisar, nesta passagem, o que se entende por segurança jurídica para os fins da presente dissertação. Com base nos estudos de Àvila (2019, p. 267-297), que a

¹⁴ **Nesse sentido conferir:** Cramer (2016, p. 51-61); Marinoni (2019, p. 92-122); Mitidiero (2018, p. 23-27); Macedo (2019, p. 104-131). **Especificamente quanto ao Direito Penal e Processual Penal, vide:** Galvão (2022, p. 53-65); Ramos (2019, p. 203) salienta que a padronização de entendimentos – referindo-se aos provimentos vinculantes –, não se prestaria ao fim pragmático de melhorar a funcionalidade do Poder Judiciário, permitindo julgamentos céleres, mas sobretudo ao fim maior de fortalecer o postulado da segurança jurídica.

¹⁵ **Tradução livre:** É um princípio básico da administração da justiça que casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma. Isso é suficiente para explicar o fato de que, em quase todas as jurisdições, um juiz tende a decidir um caso da mesma forma que aquele em que um semelhante foi decidido por outro julgado.

¹⁶ **Tradução livre:** Quando os juízes seguem os precedentes qualificados eles o fazem não porque temem a imposição de uma sanção, mas porque o seguem é visto entre eles como uma prática correta, como uma norma, cujo desvio provavelmente será visto negativamente.

compreende em perspectiva de tridimensionalidade (fato – valor – norma), percebe-se dois sentidos possíveis para o termo segurança jurídica, em grande parte, segundo Feio (2018, p. 66) impactado pelo ativismo judicial, sobretudo para evitar confronto com a ideia de certeza jurídica.

O primeiro desses sentidos, esgrime argumento no sentido de uma compreensão estática, rígida e máxima de segurança jurídica, algo utópico e romantizado pelos positivistas. Sustenta Feio (2018, p. 67) que somente poderia ocorrer se todas as decisões fossem absolutamente previsíveis. Nessa visão de segurança jurídica ou ela está presente, não comportando meio-termo, ou então não há segurança jurídica (visão de tudo ou nada). Se fosse concebido um sistema jurídico que trabalhasse as normas dessa maneira, então todas as soluções de casos concretos seriam conhecidas *a priori*, não importando as peculiaridades de cada caso concreto, algo absolutamente inviável diante da atividade judicial que se impõe como criativa no direito (PEIXOTO, 2019, p. 51-59).

O segundo, compreende a segurança jurídica sob uma perspectiva dinâmica, uma vez que não se relaciona com a forma absoluta e total, que define com exatidão o resultado de todos os casos em aplicação mecânica e avaliativa. Com efeito, fatores como a interpretação e o subjetivismo impactam sobremaneira o resultado dos processos submetidos a julgamento e, como visto nos exemplos acima destacados por Kircher (2018, p. 67-68) e Caminker (1994, p. 823), as questões de semântica também interferem na almejada previsibilidade de modo que ao conceito de segurança jurídica estaria aglutinado à ideia de *previsibilidade adequada*, o que demanda assegurar um mínimo de estabilidade e continuidade necessárias.

Consiste justamente à *relatividade* do conceito de segurança jurídica destacado nos estudos de Àvila (2019) e Macedo (2019), porque a segurança jurídica aqui seria a possibilidade, ao menos de maneira mínima, de prever a continuidade das decisões judiciais, posto que não se liga ao caráter de imutabilidade, mas sim de continuidade (FEIO, 2019, p. 69). Nessa linha de abordagem, de acordo com Àvila (2019, p. 363-366), Peixoto (2019, p. 51-59), e Feio (2019, p. 70-79), a segurança jurídica, na dimensão *dinâmica* ou *relativista*, possui diversos elementos ou atributos que a definem em caráter ainda mais abrangente, as quais devem ser explorados para atender as expectativas atuais da jurisdição e prever os possíveis resultados de uma demanda. São eles a *cognoscibilidade* (conhecimento), *confiabilidade*, *calculabilidade*, *estabilidade* e *continuidade*.

A compreensão de segurança jurídica sob a dimensão relativista visa obter os desejados valores da igualdade e estabilidade, e não pode se desvincular da experiência

hermeneuticamente adequada de trabalho com precedentes qualificados, como defendeu Ramires.

De fato, o problema da fundamentação com precedentes consiste justamente no vício da descontextualização em razão da adoção cega do intérprete por discursos de fundamentação prévios ou juízos de ponderação prontos à espera de acoplamentos, uma vez que o longo percurso histórico que justificou e consolidou o uso de precedentes qualificados judiciais foi a contenção do arbítrio dos juízes, de modo que atualmente não se deve criar novos decisionismos a partir de uma importação acrítica das técnicas de um sistema de precedentes qualificados, criando um *stare decisis* à brasileira (RAMIRES, 2010, p. 35-40)

Em síntese, todos esses elementos contribuirão para reduzir o espaço de dupla indeterminação normativa, caracterizada por Kircher (2018, p. 67-68) pela equivocidade textual e vagueza normativa, sem olvidar que o papel desempenhado pela interpretação e aplicação hermeneuticamente adequada de precedentes qualificados considerando a *ratio decidendi*, constituirá uma justificativa adequada para implantação de um sistema de precedentes qualificados.

Dentre as várias vantagens destacadas por Marinoni (2019, p. 92-136)¹⁷, para a adoção de um sistema de precedentes qualificados, destaca-se o desestímulo à litigância e a possibilidade de acordos. Sobre o desestímulo à litigância, importante observar que neste trabalho será dado destaque ao final à súmula vinculante 24, do STF, tão importante precedente de contenção da persecução penal nos crimes materiais tributários, cuja discussão compreende um nítido viés patrimonialista e arrecadatário da Administração tributária e que deveria ser precipuamente preocupação de procedimentos administrativos fiscais e, somente em caráter residual, do direito penal, cujo espectro punitivo está conformado pelos princípios da legalidade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Quanto a possibilidade de acordos, custa não olvidar que o processo penal brasileiro experimenta aumento dos espaços de consensualidade, fenômeno descortinado pela CRFB, ao instituir no artigo 98, os Juizados Especiais Criminais, cuja lei regulamentadora prevê o procedimento sumaríssimo e, sobretudo por imperativo constitucional, a valorização da aplicação de penas alternativas à prisão e revalorização da vítima, contribuindo para relativizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

¹⁷ **Apresentadas pelo autor em longa exposição e aqui resumidas:** Segurança jurídica; igualdade; coerência da ordem jurídica; controle do poder do juiz; garantia da imparcialidade; possibilidade de orientação jurídica; definição de expectativas; desestímulo à litigância; favorecimento de acordos; despersonalização de demandas; maior facilidade de aceitação da decisão; racionalização do duplo grau de jurisdição; contribuição à razoável duração do processo; economia de despesas; maior eficiência do Poder Judiciário.

Nesse contexto, percebe-se também que a legislação infraconstitucional reforçou esse sentimento de valorização da busca pelo consenso no processo penal ao editar novos institutos que permitem ao Ministério Público obter acordos com acusados de crimes de média e grave potencialidade, cumprindo destacar o recente Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, inserido no artigo 28-A do CPP pela Lei nº 13.964/2019, e o Acordo de Colaboração Premiada previsto nos artigos 3º-A ao 7º, da Lei nº 12.850/2013.

Vencida essa etapa, destaca-se abaixo o conjunto de críticas mais comuns assacadas contra a adoção de um sistema de precedentes qualificados e, para tanto, Souza (2013, p. 283-296) elencou algumas desvantagens, não exaustivas, assim resumidas: rigidez; complexidade; distinções ilógicas; morosidade no aperfeiçoamento; ofensa ao princípio da persuasão racional do juiz e ofensa ao princípio da separação de poderes.

A rigidez como obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais não consiste em um óbice consistente, uma vez que, apesar de existir um aumento de complexidade no direito e relativa dificuldade em acessar as cortes de vértice, um sistema de precedentes qualificados que utiliza adequadamente as técnicas como a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*) relativizaria a crítica posta.

Por sua hora, a objeção quanto a realização da isonomia substancial também não convence, uma vez que o uso adequado das técnicas, como a da distinção, evita a aplicação indevida ou deficiente do precedente em casos futuros semelhantes. O maior desafio, sem dúvida, de acordo com Vale (2013, p. 329-348) é superar o modelo *seriatim* de julgamento das cortes brasileiras, cuja dispersão de argumentos nos votos torna mais complexa a dedução da *ratio decidendi*.

Quanto à violação do princípio da separação dos poderes, afigura-se superada a visão rígida de separação de poderes, uma vez que a dinâmica social do após a segunda guerra mundial exigiu novos papéis para o Poder Judiciário de modo que superou o formalismo institucionalista.

O Poder Judiciário possui um papel de complementar o trabalho do legislador ao apreciar os casos concretos de maneira que possa promover adequadamente os direitos fundamentais sem prejuízo às garantias constitucionais. No cenário desta pesquisa, por exemplo, as normas jurídicas penais também possuem, em certa medida, características que deixam um certo espaço de conformação para atuação valorativa dos juízes, a exemplo da presença de conceitos jurídicos indeterminados integrados em elementos normativos do tipo, sem prejuízo ao princípio da legalidade.

Em relação à objeção de que o julgamento com precedentes qualificados viola a independência dos juízes, percebe-se que é inexistente porque os juízes vinculam-se aos fundamentos dos precedentes qualificados que já foram objeto de contraditório substancial e ampla defesa em processos anteriores idênticos analisados por outros juízes em análise de idêntica situação fática apresentada, o que não o desonera de analisar se os fatos e a questão discutida no caso futuro podem ser alcançados pelo precedente.

Por outro lado, também não viola a garantia do juiz natural porque a aplicação do precedente não dispensa que seja apreciado o caso concreto e avaliado se é hipótese fática semelhante àquela que oportunizou a criação do precedente.

Nessa ordem de pensar, destaca-se que também não ocorre violação ao princípio da persuasão racional do juiz, no sentido das críticas lançadas ao sistema de precedentes qualificados de que o juiz perderia o seu livre convencimento de julgar e interditado de se afastar do precedente.

Mesmo em países como EUA e Inglaterra explica Souza (2013, p. 288) as decisões judiciais não são neutras ou mecânicas, apesar do apelo ao precedente e, por diversas razões pertinentes, os juízes deixam de aplicar um precedente.

No contexto do direito inglês, Elliot et al explicam:

In practice, then, judges' decisions may not be as neutral as Blackstone's declaratory theory suggests: they have to make choices which are by no means spelled out by precedents. Yet, rather than openly stating that they are choosing between two or more equally relevant precedents, the courts find ways to avoid awkward ones, which give the impression that the precedents they do choose to follow are the only ones that could possibly apply.

In theory, only the Supreme Court, which can overrule its own decisions as well as those of other courts, can depart from precedent: all the other courts must follow the precedent that applies in a particular case, however much they dislike it. In fact, there are a number of ways in which judges may avoid awkward precedents that at first sight might appear binding ¹⁸ (ELLIOT et al., 2018, p. 25).

Os autores citados esclarecem detalhadamente essas maneiras de evitar os precedentes, as quais, segundo Souza (2013, p. 288), podem ser aplicadas ao sistema de precedentes qualificados brasileiro, com adaptações necessárias, nestes termos:

¹⁸ **Tradução livre:** Na prática, então, as decisões dos juízes podem não ser tão neutras quanto sugere a teoria declaratória de Blackstone: eles precisam fazer escolhas que não são de forma alguma explicitadas por precedentes qualificados. No entanto, em vez de declarar abertamente que estão escolhendo entre dois ou mais precedentes qualificados igualmente relevantes, os tribunais encontram maneiras de evitar aqueles embaraçosos, que dão a impressão de que os precedentes qualificados que escolhem seguir são os únicos que podem se aplicar. Em teoria, apenas o Supremo Tribunal, que pode anular suas próprias decisões, bem como as de outros tribunais, pode afastar-se do precedente: todos os outros tribunais devem seguir o precedente que se aplica a um caso particular, por mais que não gostem dele. De fato, existem várias maneiras pelas quais os juízes podem evitar precedentes qualificados constrangedores que à primeira vista podem parecer vinculantes.

- By distinguishing the awkward precedent on its facts – arguing that the facts of the case under consideration are different in some important way from those of the previous case, and therefore the rule laid down does not apply to them. Since the facts are unlikely to be identical, this is the simplest way to avoid an awkward precedent, and the courts have made some extremely narrow distinctions in this way.
- By distinguishing the point of law – arguing that the legal question answered by the precedent is not the same as that asked in the present case.
- By stating that the precedent has been superseded by more recent decisions, and is therefore outdated.
- By giving the precedent a very narrow ratio decidendi. The only part of a decision that forms binding precedent is the ratio, the legal principle on which the decision is based. Since judges never state ‘this is the ratio decidendi’, it is possible to argue at some length about which bits of the judgment actually form the ratio and therefore bind courts in later cases. Judges wishing to avoid an awkward precedent may reason that those parts of the judgment which seem to apply to their case are not part of the ratio, and are only obiter dicta, which they are not obliged to follow.
- By arguing that the precedent has no clear ratio decidendi. There are usually three judges sitting in Court of Appeal cases, and five in the Supreme Court. Where each judge in the former case has given a different reason for coming to the same decision, or where, for example, two judges of the Supreme Court take one view, two more another, and the fifth agrees with none of them, it can be argued that there is no one clear ratio decidendi for the decision.
- By claiming that the precedent is inconsistent with a later decision of a higher court, and has been overruled by implication.
- By stating that the previous decision was made per incuriam, meaning that the court failed to consider some relevant statute or precedent. This method is used only rarely, since it clearly undermines the status of the court below.
- By arguing that the precedent is outdated, and no longer in step with modern thinking (ELLIOT et al., 2018, p. 25).¹⁹

Com a advertência final de Marcelo Alves Dias de Souza de que causa espanto o fato de que todos os juízes querem que suas sentenças tenham efetividade, mas alguns não querem dar efetividade às decisões do STF (SOUZA, 2013, p. 291).

Por fim, inexistente violação à garantia de acesso à jurisdição, porque o caso concreto apresentado pode ou não ser resolvido com a aplicação de precedentes qualificados

¹⁹ **Tradução livre:** • Distinguindo o precedente incómodo sobre os seus factos – argumentando que os factos do caso em apreço diferem de alguma forma importante dos do caso anterior e, portanto, a regra estabelecida não se lhes aplica. Como é improvável que os factos sejam idênticos, essa é a maneira mais simples de evitar um precedente estranho, e os tribunais fizeram algumas distinções extremamente estreitas dessa maneira. • Distinguindo o ponto de direito – argumentando que a questão jurídica respondida pelo precedente não é a mesma colocada no presente caso. • Ao declarar que o precedente foi suplantado por decisões mais recentes e, portanto, está desatualizado. • Dando ao precedente um ratio decidendi muito estreito. A única parte de uma decisão que forma precedente vinculante é a *ratio*, o princípio jurídico no qual a decisão se baseia. Uma vez que os juízes nunca declaram ‘esta é a *ratio decidendi*’, é possível discutir com alguma extensão sobre quais partes do julgamento realmente formam a *ratio* e, portanto, vinculam os tribunais em casos posteriores. Os juízes que desejam evitar um precedente estranho podem raciocinar que as partes do julgamento que parecem se aplicar ao seu caso não fazem parte da *ratio*, e são apenas *obiter dicta*, que eles não são obrigados a seguir. • Ao argumentar que o precedente não tem uma *ratio decidendi* clara. Normalmente, há três juízes sentados nos casos do Tribunal de Recurso e cinco no Supremo Tribunal. Quando cada juiz do primeiro caso deu uma razão diferente para chegar à mesma decisão, ou quando, por exemplo, dois juízes da Suprema Corte têm um ponto de vista, dois mais outro, e o quinto não concorda com nenhum deles, pode argumentar que não existe uma *ratio decidendi* clara para a decisão. • Ao alegar que o precedente é inconsistente com uma decisão posterior de um tribunal superior e foi anulado por implicação. • Ao declarar que a decisão anterior foi proferida *per incuriam*, significando que o tribunal não considerou alguma norma ou precedente relevante. Este método é usado apenas raramente, uma vez que mina claramente o status do tribunal abaixo. • Ao argumentar que o precedente está desatualizado e não está mais em sintonia com o pensamento moderno.

e, mesmo que exista a possibilidade de uso deste, não significa dizer que houve vedação de acesso à jurisdição para pleitear a tutela de um direito ameaçado ou lesado. Eventual improcedência da demanda com base na aplicação de precedente não significa dizer que houve subtração da garantia.

Na sequência, far-se-á a explanação acerca da teoria dos precedentes qualificados aplicada ao direito brasileiro e, em especial, com considerações ao direito penal e processual penal.

CAPÍTULO 2 - PERCURSO TEÓRICO-PRAGMÁTICO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS CRIMINAIS

No presente capítulo serão abordados os conceitos operacionais do sistema de precedentes qualificados, destacando-se as técnicas da distinção e superação, bem como as classificações mais relevantes. Destaca-se inicialmente que, a rigor, o termo precedente não pode ser confundido com os termos afins jurisprudência e súmula.

2.1 Dos precedentes qualificados

O termo precedente na doutrina brasileira possui dois sentidos bem delineados, sendo um, em sentido próprio ou amplo, por aparecer em todos os sistemas processuais, tratar-se da decisão judicial que fixou tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser seguida em casos idênticos posteriores²⁰. E outro, em sentido impróprio ou estrito, constitui a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, ou seja, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos (CRAMER, 2016, p. 76-77; DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 550).

Do ponto de vista histórico, o termo precedente sempre foi entendido em seu sentido literal como uma decisão anterior aplicada em caso de posterior semelhante, apesar de no Direito inglês ter havido historicamente uma alteração semântica profunda, desde suas origens medievais até a contemporaneidade, havendo experimentado, de acordo com Mitidiero (2018, p. 29) três fases evolutivas distintas: ilustração, persuasão e vinculação.

Dessa maneira, sem embargo da importância de sua dimensão histórica, o precedente não se confunde com decisão judicial, uma vez que nem toda decisão judicial prestar-se-á à formação de um precedente. Na sua origem anglo-saxã o precedente liga-se muito mais à ideia de historicidade do direito e à vinculação gravitacional que possui para persuadir outros juízes de segui-lo espontaneamente (MITIDIERO, 2019, p. 29-43).

No sentido exposto, é absolutamente pertinente observar que na maioria dos casos criminais julgados no Brasil eram utilizados precedentes persuasivos pelos juízes, quer tenham sido proferidos em sede de *habeas corpus*, quer em outros tipos de procedimentos ou em sede de recursos, mas sempre considerando como parâmetros as cortes de justiça ou as cortes de vértice.

²⁰ No ponto, importante lembrar o **Enunciado 315 FPPC**: Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes.

Ademais, partindo de uma aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law* e da imprescindibilidade de respeito aos precedentes qualificados, observa-se que a intenção do legislador brasileiro não foi criar um sistema de *stare decisis* igual ao *common law*, mas um sistema com peculiaridades que atendesse às necessidades do Poder Judiciário brasileiro, voltado para solucionar seus próprios problemas quanto a gestão dos processos e a necessidade de sinalizar para a sociedade como deve ser compreendido e aplicado o direito (MARINONI, 2019a, p. 77-79).

Importante não confundir os termos *precedente* e *jurisprudência*. Esta compreende a aglutinação de uma série de julgados reiterados que seguem vetorialmente a mesma direção de entendimento sobre determinada questão (CRAMER, 2016, p. 72-73). Quanto aos sentidos que a doutrina empresta à locução *direito jurisprudencial*, em que pese significar de modo expresso o direito criado pelos juízes (*judge made law*), lembra Riccardo Guastini, pelo menos quatro outros sentidos, dentre eles um que diz ser o poder de criar o direito por compreender que a interpretação de textos normativos não é operação cognoscitiva de normas preexistentes, porém produtora de novas normas. (GUASTINI, 2005, p. 215-226),

A exata compreensão do termo *jurisprudência* demanda conjugar três fatores distintos: a existência de vários julgados; que estes sejam harmônicos entre si e que tenham sido proferidos em determinado decurso de tempo (longevidade persuasiva), uma vez que, ao revés, o precedente, por si mesmo, não pressupõe a reiteração de decisões unívocas. Um precedente firma-se, de acordo com sua origem saxônica, muito mais pela capacidade de convencimento do que simplesmente pela mera repetição de sentido ao longo do tempo (KIRCHER, 2018, p. 108-109).

Para dissociar os termos precedente e jurisprudência, importante verificar as chamadas distinções *quantitativa* e *qualitativa* apontadas pelo professor Michele Taruffo em importante artigo científico sobre o tema, que explica a realidade brasileira. Nestes termos:

Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente ‘faz precedente’. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são

necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma (TARUFFO, 2014, p. 3).

Quanto ao aspecto qualitativo, acrescenta Michele Taruffo que muitas vezes ocorre que a quantidade de julgados possibilita individualizar a tese porque:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto – sobre o qual tornarei em seguida – fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo (TARUFFO, 2014, p. 4).

Postas essas premissas, verifica-se que a diferença substancial entre precedente e jurisprudência deve conjugar os aspectos sublinhados pelo professor Michele Taruffo.

Essas confusões terminológicas podem ser observadas na legislação do nosso país e pelo uso por profissionais do direito, uma vez que o legislador no próprio texto do CPC os colocou sob o mesmo patamar conceitual, vide que os arrolou nos incisos do artigo 927, embaralhando-os, ou seja, equiparando típicas decisões com súmula, por exemplo, conceitos diversos debaixo do gênero precedente, o que certamente não foi de boa técnica e que vem a gerar equívocos.

Feitas as distinções necessárias entre precedente e jurisprudência importante fazer a abordagem sobre as classificações dos precedentes qualificados.

Deve ser destacado inicialmente a utilidade dessas classificações porque permitem a compreensão das diferentes formas de uso dos precedentes qualificados ainda que seja inspirada na experiência estrangeira, mas adaptadas à realidade pátria (CRAMER, 2016, p. 113).

Neste contexto, a primeira delas considera a origem do precedente, ou seja, considera a posição do órgão judiciário de onde emanou o precedente, cabendo mencionar o chamado precedente vertical que, de acordo com Schauer () constitui aquele que foi forjado pelos tribunais superiores.

É assim chamado porque sua aplicação, dentro da organização judiciária, é de cima para baixo, dos tribunais superiores para o restante da organização judiciária. São os

mais relevantes em qualquer sistema de precedentes qualificados, porque conformam a atuação dos demais órgãos jurisdicionais ao seu entendimento (CRAMER, 2016, p. 113).

Para Daniel Mitidiero a organização judiciária ideal deve conter cortes de justiça, que são responsáveis para dar a solução mais justa para a causa, e as chamadas cortes de precedentes qualificados, que possuem a função de formar precedentes qualificados, por meio de decisão no caso concreto. As primeiras correspondem, no nosso sistema judiciário, aos tribunais de segunda instância que, nos casos penais, correspondem, na chamada justiça comum (excluindo tribunais militares e eleitorais, que também julgam casos criminais), aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, enquanto as cortes de precedentes qualificados seriam os tribunais superiores (MITIDIERO, 2017, p. 37-38).

Entretanto, Mitidiero (2017, p. 37-38; 53-63) e Marinoni (2019b, p. 159) também afirmam que os tribunais superiores podem ser definidos como cortes superiores, com a função de fazer o controle de aplicação da lei aos casos concretos, uniformizando, a partir de reiteradas decisões, a jurisprudência; ou cortes supremas, com a atribuição de formar precedentes qualificados a partir de casos concretos, orientando os futuros julgamentos e colaborando com a unidade do direito. Defende Mitidiero (2017, p. 39) no direito atual, em que a força do precedente é uma realidade necessária, que os tribunais superiores devem agir como cortes supremas, e não como meras cortes superiores.

Importante destacar que a chamada função nomofilática compreende a função que as cortes superiores possuem para determinar a compreensão da norma jurídica a ser aplicada pelos demais tribunais, do que como o julgamento de causas. A função nomofilática prevista no art. 926 do CPC, destina-se a reger a valorização dos precedentes qualificados, zelando pela uniformização da interpretação e aplicação do direito, para que a jurisprudência contenha em si uma estabilidade e previsibilidade. Lembrando que o STJ e o STF atuam como instâncias revisoras nas hipóteses recursais previstas na CRFB (artigo 102, III e 105, III).

Importante considerar ainda o que será desenvolvido sobre o entendimento do STJ sobre a vinculação dos precedentes qualificados no ordenamento brasileiro, tendo em vista que o artigo 315, §2º, VI do CPP repetiu a mesma redação do artigo 489, §1º, VI do CPC.

Por precedente horizontal entende-se, segundo o professor Ronaldo Cramer, são aqueles que devem ser respeitados apenas pelos próprios tribunais que os editaram, em outras palavras, são assim chamados porque a vinculação opera apenas internamente entre os órgãos fracionários do tribunal.

Partindo desse ponto de vista, os tribunais superiores podem criar tanto os precedentes qualificados verticais, que se aplicam a todos os tribunais do país, quanto

horizontais, que incidem apenas perante os seus órgãos internos²¹. Já os tribunais de segunda instância somente proferirão precedentes horizontais, que vincularão apenas seus órgãos internos e de primeira instância (CRAMER, 2016, p. 115).

Quanto a eficácia, os precedentes podem ser vinculantes ou persuasivos. Essa classificação diz respeito à força do precedente, em outras palavras, à capacidade que o precedente possui para vincular ou não julgamentos em casos futuros.

O precedente vinculante constitui aquele que subordina os julgamentos futuros, não havendo alternativa ao julgador do caso posterior senão aplicá-lo, exceto se reconhecer que o caso em julgamento é distinto daquele ou se o precedente foi superado por outro conforme leciona Cramer (2016, p. 116). Ao revés, Marinoni (2019a, p. 181) prefere chamá-los de precedentes obrigatórios para não confundir com o efeito vinculante da decisão em controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante.

Em antagonismo, Ronaldo Cramer entende desnecessária essa denominação, defende que o importante é o significado do instituto. Prossegue asseverando que basta compreender que precedente vinculante subordina somente os órgãos judiciais, tendo eficácia apenas interna, e não constrange outro poder constituído (por exemplo, o Poder Executivo) como ocorre no efeito vinculante em controle concentrado e nas súmulas vinculantes de acordo com o artigo 102, §2º e 103-A, da CRFB (CRAMER, 2016, p. 116).

Entende-se para fins desta pesquisa, ora voltada à sistematização de um sistema de precedentes qualificados para o processo penal, a advertência feita pelos professores Alexandre Reis Siqueira Freire e Alonso Reis Siqueira Freire, nestes termos:

O CPC, quando trata da observância e respeito à orientação firmada pelos tribunais, evita falar em “vinculação” dos juízes. O intuito do código não é (não deve ser) o de apostar em soluções que impeçam os juízes singulares de interpretar o direito. Já há algum tempo se sabe que, embora o sistema processual tolere decisões divergentes para casos idênticos, ele não as deseja. O sistema de precedentes qualificados, na realidade, apenas reduz a ocorrência dessas disfunções, conferindo maior integridade sistêmica ao ordenamento ao qual ele se volta (FREIRE; FREIRE, 2014, p. 206).

Em continuação, tem-se que o chamado precedente persuasivo seria aquele que não vincula novos casos, mas pode ser utilizado como reforço de argumentação seja pela parte, seja pelo magistrado, para demonstrar o acerto do discurso jurídico (CRAMER, 2016, p. 116).

De fato, a utilização de precedentes persuasivos sempre foi uma prática comum na realidade judiciária brasileira antes do CPC de 2015, na medida que não se tinha a cultura de

²¹ Nesse sentido está o **Enunciado 316 FPPC**: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários

precedentes qualificados, os quais foram se tornando realidade a partir de uma lenta modificação legislativa, ou seja, onde prevaleciam os chamados precedentes persuasivos, com exceção das decisões de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes (estas a partir da EC 45/2004), o que justificava a pouca importância do assunto.

A respeito do problema da vinculação dos precedentes qualificados cumpre destacar a visão do STJ no REsp 1.698.774/UF, a partir da análise dos fundamentos desse caso. É sabido que o STJ tem a importante missão de definir a interpretação do direito federal e assegurar a unidade do direito infraconstitucional em todo o Brasil (art. 105, III, da CRFB).

Como visto acima, compreende-se que desde o advento do CPC os precedentes qualificados no país se tornaram de dois tipos: meramente persuasivos ou vinculantes, o que também ficou claro no julgamento do REsp 1.698.774/UF, julgado pela 3ª Turma, que teve por Relatora a Ministra Fátima Nancy Andrighi.

A recorrente, no caso em questão, invocou, em seu recurso de apelação, uma série de julgados abonadores de uma tese em matéria de planos de previdência privada aberta, proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Esses julgados, segundo alegou, foram ignorados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) por ocasião do julgamento de segundo grau, o que levou à interposição do REsp ao STJ sob o argumento de que teria ocorrido violação do inciso VI do § 1º do art. 489, do CPC, na medida em que o TJRS só poderia deixar de seguir entendimento contido nos julgados dos TJSP e TJDFT se apresentasse fundamentação relacionada à distinção ou tivesse ocorrido a superação desses precedentes qualificados.

Ocorre que, ao decidir a questão jurídica suscitada, o STJ não se limitou a firmar posição apenas com relação aos precedentes qualificados persuasivos entre tribunais que se relacionam horizontalmente, conforme disposto voto da Relatora, debruçando-se sobre toda a questão do papel dos precedentes qualificados enquanto fonte do direito. Segundo o STJ, a obrigação de motivar analiticamente uma decisão judicial de acordo com precedentes qualificados invocados pela parte abrange somente decisões anteriores tomadas por cortes de vértice (STF e STJ) nas hipóteses arroladas no artigo 927, do CPC.

No seu voto, a Ministra Nancy Andrighi, citando lição do professor Daniel Assumpção Amorim Neves, afirmou que o juiz, em caso de precedentes meramente persuasivos, pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir dele qualquer distinção ou superação que justifique sua decisão (NEVES 2019, p. 883-884).

Naquele caso concreto, como o recorrente apenas invocou decisões proferidas por outros tribunais de apelação, o STJ considerou que o TJRS não era obrigado a segui-las por ocasião do julgamento por se tratar de precedentes qualificados persuasivos. Consequentemente, o TJRS também não era obrigado a demonstrar qualquer distinção ou superação de entendimento em relação às referidas decisões invocadas, uma vez que estas, por serem meros precedentes qualificados persuasivos, não constituíam hipótese de aplicação do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC.

Dessa maneira, o raciocínio desenvolvido pela Ministra Nancy Andrighi também valerá para a seara criminal, uma vez que o TJRS não poderia encampar precedentes persuasivos de outros tribunais de segundo grau.

Por dinâmica do precedente, conforme ensina Ronaldo Cramer, compreende-se o estudo dos comportamentos do magistrado (ou do Tribunal) e das partes diante do precedente. Em relação ao magistrado, têm-se a possibilidade de aplicar, rejeitar, distinguir ou superar precedentes qualificados, que tem como variantes de superação, a superação parcial e a transformação, a modulação dos efeitos da superação, a superação antecipada e a sinalização.

Em relação ao comportamento das partes, vislumbra a doutrina a impugnação da decisão que fixa o precedente, a impugnação da decisão que aplica o precedente, a impugnação da decisão que deixa de empregar precedente vinculante e a rescisão com base em precedente (CRAMER, 2016, p. 138-139).

Para boa compreensão da dinâmica dos precedentes, necessário esclarecer o que deve ser entendido por *ratio decidendi*. Em que pese as controvérsias, *ratio decidendi* constitui as razões necessárias e suficientes que determinam o resultado do julgamento (CRAMER, 2016, p. 105-106).

Na *common law*, destacam-se a lição de Rupert Cross para quem são as razões necessárias para a solução do caso, utilizando metodologia de soma dos fatos relevantes aos fundamentos jurídicos determinantes, assim considerados todos os argumentos indispensáveis à construção do raciocínio para culminar no julgamento da tese, objetivamente considerada (CROSS, 2004, p. 72) e, de outro modo, Neil MacCormick para quem são as razões suficientes, uma vez que a palavra “necessária” conferiria uma abrangência maior ao significado de *ratio* (MacCORMICK, 2010, p. 159-161).

Interessa para a realidade brasileira compreender que a edição do precedente não se limita à decisão da causa onde surgiu, de modo a abranger as questões processuais e materiais que foram objeto de apreciação e julgamento pelas cortes, ou em outras palavras, poderá existir um precedente com mais de uma *ratio decidendi* (CRAMER, 2016, p. 106).

Somente de maneira excepcional podem existir precedentes qualificados sem *ratio decidendi*, o que ocorre, segundo Lucas Buril de Macedo em duas hipóteses: a) por deficiência de fundamentação; e b) por ausência de fundamento vencedor (MACEDO, 2015, p. 236-238).

Passando ao *obiter dictum* que constitui todo e qualquer argumento dispensável para fins de determinação da norma do precedente, cujo objetivo é ilustrar, complementar ou reforçar a argumentação das razões da decisão. São argumentos ditos de passagem, que nenhuma relevância tem para a decisão proferida. Desse modo, nenhum argumento do *obiter dictum* poderia ser considerado para fins de compreensão ou definição da *ratio decidendi*, uma vez que ou não integra a questão submetida a julgamento ou porque não teve prévio contraditório das partes ou, ainda, não foi julgado pelo Tribunal, apenas mencionado de passagem por um dos julgadores (CRAMER, 2016, p. 107).

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* constitui uma tarefa muito difícil, de acordo com a doutrina, uma vez que a definição desses elementos é sempre uma atividade retrospectiva, importando em extensa análise do que os julgadores farão nos precedentes qualificados pretendo à sua aplicação. (CRAMER, 2016, p. 107). Para essa finalidade, destacam-se os métodos de Eugene Wambaugh e Arthur L. Goodhart no sistema da *common law* (CRAMER, 2016, p. 109).

Quanto ao primeiro deles, Wambaugh criou seu método no fim do século XIX, que consiste na realização de um teste, onde identifica-se primeiro a proposição jurídica que determinou o resultado do julgamento. Depois, insere-se nessa proposição uma palavra que a reverta. Se, após essa operação, o resultado permanecer o mesmo, essa proposição não constitui a *ratio decidendi*. Se o resultado for outro, a proposição escolhida é a *ratio* (CRAMER, 2016, p. 110).

De outra banda, Arthur L. Goodhart, criou sua técnica na década de 30 do século XX, afirmando que primeiro encontra-se o princípio do caso e, depois, se encontram os fatos substanciais (*materials facts*) que sustentam esse princípio. Apenas esses fatos essenciais comporão a *ratio decidendi* (CRAMER, 2016, p. 110-111).

Analisando os métodos distintivos da *common law*, entende-se no mesmo sentido que Ronaldo Cramer que todos os métodos que pretendem criar parâmetros objetivos para a determinação da *ratio decidendi* são insuficientes a partir do que se observa da experiência da *Common Law* (CRAMER, 2016, p. 112).

Para o autor citado, o processo interpretativo da *ratio decidendi* não pode ser discricionário e deve observar algumas balizas. A primeira delas, assevera que a *ratio decidendi* deve ser coerente com as questões submetidas ao Tribunal, reparando que isso é

diferente de considerar as razões necessárias e suficientes para o julgamento do caso, porque algumas podem não ter sido deduzidas para julgamento.

Além disso, deve-se considerar a prática decisória do Tribunal a fim de preservar a integridade da jurisprudência, conforme determina o artigo 926, do CPC. Ou seja, para extrair a *ratio decidendi* do precedente deve-se considerar os precedentes qualificados passados e atuais do mesmo Tribunal. Por fim, o processo interpretativo não pode violar as garantias fundamentais constitucionais, salvo se for uma *ratio* que diga respeito a uma garantia fundamental que precise ser prestigiada em detrimento de outra garantia fundamental.

Por fim, a determinação da *ratio decidendi* não ocorrerá no momento da prolação do precedente onde ela se encontra, ainda que haja uma tentativa do Tribunal nesse sentido, uma vez que será delimitada posteriormente, no julgamento futuro que a aplicar a um caso concreto. Em outras palavras, a dedução da *ratio decidendi* é uma atividade retrospectiva (CRAMER, 2016, p. 113).

Para a análise do alcance da teoria dos precedentes na seara criminal cumpre indagar se tais decisões vinculam os Tribunais brasileiros.

De início, cumpre assentar que na nossa Constituição Federal estão previstos diversos direitos e garantias fundamentais dos quais se destacam muitos de natureza criminal, circunstância que autoriza concluir que se trata de ramos constitucionalizados. Observa-se que a tutela da liberdade e dos direitos constitui uma preocupação de todos os países, especialmente após a segunda guerra mundial, o que caracterizou o movimento de inevitável globalização do direito constitucional (TUSHNET, 2009).

Esse diálogo entre as cortes constitucionais e a criação de foros internacionais para discussão de direitos humanos não passam despercebidos pelos tribunais brasileiros, caracterizando um paradigma residual de diálogo entre as cortes, onde um tribunal utilizará a decisão do outro como *precedente interpretativo* para formação de sua própria decisão (SLAUGHTER, 1994; RAMIRES, 2016, p. 242). Como afirmou Abboud (2020, p. 1196), à princípio, inexistente tema constitucional que, em tese, não possa ser objeto de diálogo constitucional, o que ocorrerá em determinados temas até de modo frequente, de modo que concorda que o uso de decisões estrangeiras seria caminho sem volta e que seria necessária estruturar o diálogo entre os tribunais.

Um exemplo eloquente na jurisprudência do STF em matéria penal seria o paradigmático Caso Elwanger (HC 82.424/RS) no qual a corte analisou se configura crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemita em evidente caracterização de

negativa do holocausto e, portanto, óbice ao reconhecimento da liberdade de expressão. No sentido do que se sustenta, Georges Abboud cita o item 9 da ementa desse importante *leading case*²² em que se vislumbram citações importantes de cortes internacionais como forma de diálogo institucional com precedentes qualificados estrangeiros (ABBOUD, 2020, p. 1197).

Na visão do eminente constitucionalista, a decisão no HC 110185/SP constitui, na experiência do STF, um dos melhores exemplos de uso de decisões estrangeiras pelo tribunal, uma vez que houve efetivo diálogo com o precedente estrangeiro – neste caso, a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, DE 22/11/2005, no julgamento do Caso Palamara Iribarne vs. Chile –, como parâmetro normativo densificador da garantia constitucional do juiz natural (ABBOUD, 2020, p. 1198-1199).

Apesar de citar outros julgados, como o HC 97567/RJ, em que o STF utilizou precedentes qualificados internacionais para verificar a licitude de prova obtida por monitoramento ambiental em escritório de advocacia, indicando a definição de *exclusionary rule*, essencial segundo diversos precedentes qualificados da US Supreme Court para fins de averiguação dos limites da atividade persecutória em matéria de prova de modo a excluir a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Weeks vs. United States; Garrity vs. New Jersey; Mapp vs. Ohio; Wong Sun vs. United States) e do HC 94082/RS que, do mesmo modo, utilizou precedentes qualificados da Suprema Corte norte-americana (Escobedo vs. Illinois; Miranda vs. Arizona), concluiu de maneira pessimista que efetivamente não é praticado um diálogo constitucional propriamente dito porque o uso desses precedentes qualificados estrangeiros ocorre em caráter doutrinário, ou seja, possuem características meramente persuasivas (ABBOUD, 2020, p. 1202; 1206-1207).

Idêntica constatação verifica-se em julgados do TRF 1 durante a pesquisa ora empreendida em que foram citados em caráter persuasivos precedentes qualificados da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, de modo a desenvolver a argumentação necessária do julgamento. Nessa senda, está o HC 1038496-52.2019.4.01.0000, julgado pela 4ª Turma do TRF 1²³ em que foram analisados

²² 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

²³ HABEAS CORPUS. INVESTIGADO SOLTO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DA INVESTIGAÇÃO. INVESTIGAÇÃO COMPLEXA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. (...) 4. Inquérito policial. Investigado solto. Pretensão ao trancamento do IPL em virtude de excesso de prazo. Investigação complexa. Constrangimento ilegal. Inexistência. (A) Considerando-se que o ordenamento brasileiro não define prazos específicos para a realização do processo ou da investigação criminal,

os parâmetros para definir os contornos do conceito de *justa causa* que justificariam o trancamento de persecução penal por evidente configuração de abuso e constrangimento ilegal diante do excesso de prazo para conclusão do inquérito policial.

Em outro sentido, porém digno de nota neste trabalho, o HC 1000254-58.2018.4.01.0000, da mesma 4ª Turma do TRF 1²⁴ que refutou o caráter persuasivo de opinião consultiva contida em Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que foi em sentido contrário à tipificação do crime de desacato (cf. artigo 331, do CP),

afirma-se que a adoção da doutrina do não prazo pressupõe a definição judicial de critérios para aferição do excesso. Aponta-se que as Cortes Internacionais (CIDH e TEDH) adotam três parâmetros: `a) complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado (imputado); c) a conduta das autoridades judiciárias ([...]). (STF, Inq 4458.) (B) Hipótese e que a paciente está solta. (C) Consequentemente, eventual excesso de prazo na conclusão da investigação é insuficiente para implicar constrangimento ilegal. Os prazos previstos em lei para a conclusão do inquérito policial, estando o investigado solto, são impróprios e somente estão submetidos ao prazo prescricional aplicável ao delito respectivo. (D) O prazo de que trata o art. 10, caput, do Código de Processo Penal, é impróprio, não prevendo a lei qualquer consequência processual, máxime a preclusão, se a conclusão do inquérito ocorrer após trinta dias de sua instauração, estando solto o réu. [...] O tempo despendido para a conclusão do inquérito assume relevância para o fim de caracterizar constrangimento ilegal, apenas se o Paciente estiver preso no curso das investigações ou se o prazo prescricional tiver sido alcançado nesse interregno e, ainda assim, continuarem as investigações. (STF, HC 107382.) O prazo legal para término da investigação é impróprio, inexistindo consequência processual se inobservado o lapso temporal, quando solto o réu. (STF, RHC 117966; STJ, HC 304.274/RJ; RHC 58.768/PR; HC 44.649/SP; TRF1, HC 0075243-28.2013.4.01.0000/GO; ACR 0003476-38.2006.4.01.3600/MT.) (E) No mesmo sentido, durante a instrução criminal, o STF decidiu que: Não obstante o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegure a todos preso ou não a razoável duração do processo, o reconhecimento de excesso de prazo no processo penal tem como finalidade principal evitar que o réu permaneça preso cautelarmente por longos períodos. Daí porque, `estando o paciente em liberdade não há que se falar, em seu favor, em excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal que só teria relevância () se ele estivesse preso e, por esse excesso, pleiteasse fosse solto (RHC 80525 [...]). (STF, RHC 120070.) (F) Por outro lado, o Juízo e o MPF salientaram, em suma, que se trata de investigação extremamente complexa, [J]onde se apura o desvio de recursos do Sistema Único de Saúde SUS, por meio de fraudes na contratação e no pagamento de pessoal no curso de Contratos de Gestão e Termos de Parceria firmados com entidades do terceiro setor, no ano de 2015, e que importou num prejuízo ao erário estimado em mais de R\$ 18 milhões de reais; que os autos possuem 09 (nove) volumes, nos quais está inserida vasta documentação judicialmente compartilhada de diversos autos correlatos, relativos aos Inquéritos Policiais nº 680/2012 e nº 468/2015 (Processos nº 29284-84.2016.4.01.3700, 45943-12.2012.4.01.3700, 45941-43.2012.4.01.3700, 25116-39.2016.4.01.3700, 69915-07.2015.4.01.3700, 25668-04.2016.4.01.3700, 43814-64.2014.4.01.3700, 80568- 68.2015.4.01.3700 e 29698-82.2016.4.,1.3700), e conta, ainda, com 31 (trinta e um) indiciados, ostentando, o Relatório Policial e o Relatório Complementar, 63 (sessenta e três) e 218 (duzentas e dezoito) páginas cada, ou seja, contabilizando quase 300 páginas de conclusão (relatórios policiais anexos). (G) Nesse contexto, está mais do que justificada a alegada demora na conclusão da investigação. (H) Consequente inexistência de constrangimento ilegal a autorizar a medida drástica de trancamento do IPL. 5. Habeas corpus denegado. (HC 1038496-52.2019.4.01.0000, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES, TRF1 - QUARTA TURMA, PJe 26/11/2020 PAG.).

²⁴ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESACATO. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. O trancamento de ação penal, pela via mandamental, somente pode ocorrer em casos excepcionais, quando a falta de justa causa conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria se mostra visível e indubitosa, em face da prova constituída previamente, hipótese não verificada na espécie. 2. Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH (de caráter meramente consultivo), contrário à tipificação contida no art. 331, do CP (desacato) não tem o condão de alterar a existência, a validade e a vigência da norma em questão, não havendo que se falar, portanto, em qualquer ilegalidade decorrente da sua aplicação. 3. Em exame que o momento processual permite, fora da completude dos autos da ação penal, a conduta delituosa supostamente praticada pelo paciente, na forma em que narrada na denúncia, justifica o seu recebimento e a persecução penal, posto que preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. 4. Habeas corpus denegado. (HC 1000254-58.2018.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, PJe 09/09/2020 PAG.).

mantendo a persecução penal contra o paciente por entender não configurada a justa causa para o trancamento daquela.

2.2 A dinâmica dos precedentes qualificados: a distinção

A técnica da distinção consiste na possibilidade de suscitar que determinada questão em um processo não guarda semelhanças fática ou jurídica com o precedente criado pelo Tribunal, considerando a tese que fixada.

Para Ronaldo Cramer a técnica da distinção do *common law* seria uma das formas comuns de rejeição da aplicação do precedente ao caso concreto, uma vez que quando se cogita utilizá-lo, deve-se verificar a possibilidade de encaixe ao caso concreto a partir de comparações entre eles de modo que o precedente somente deverá ser adotado se for idêntico ao caso sob julgamento, quando não o for haverá a distinção (CRAMER, 2016, p. 141-142).

Dessa maneira, percebe-se à luz desse ensinamento que não existe um método específico para fazer a distinção, uma vez que a identificação de casos é uma tarefa casuística de modo que depende sobretudo da clareza do texto dos julgados a cotejar. Sobreleva definir, que até pode ser construída uma compreensão *a priori* que facilitaria a tarefa de aplicação da técnica da distinção de um determinado caso em relação ao precedente, que seria de todo aplicável ao estudo ora abordado (CRAMER, 2016, p. 142).

Nesse caminho, aponta a professora Teresa Arruda Wambier que a distinção entre os conceitos de *identidade absoluta de casos* e o de *identidade essencial de casos* pode explicar a compreensão do que é “*identidade de casos*” no contexto da aplicação da técnica da distinção de modo que identidade absoluta é

[...] aquela em que os casos apresentam identidade de fatos (não todos, mas somente aqueles que são relevantes para a controvérsia) e de questão jurídica, como se dá nas ações repetitivas, em que, a despeito das partes diferentes, existe a mesma tese jurídica. Exemplo: consumidores que discutem ser ilegal a cobrança de assinatura básica por parte das empresas de telefonia (WAMBIER, 2012, p. 57-58).

Para a professora Teresa Arruda Wambier os casos de identidade essencial seriam aqueles que têm fatos completamente diversos, mas que possuem núcleo fático e valoração jurídica idênticos. Exemplifica com a hipótese de ação de indenização de dano moral de dez mil reais pela perda de uma perna com uma ação indenizatória por dano moral de cinquenta mil reais por conta de um dedo decepado. No exemplo, embora distintos, deles se extrai que nas duas ações se postula dano moral por perda de um membro do corpo (WAMBIER, 2012, p. 58).

Entretanto, apesar da diferença proposta ser sutil e subjetiva, pode, em algumas situações, ocorrer mais do modo como se argumenta essa identidade do que por sua existência em si mesma. Por outro prisma, se as duas servem para o encaixe do precedente, melhor seria unificar a noção para determinar o que seriam casos idênticos (CRAMER, 2016, p. 143).

À guisa de conclusão, casos idênticos seriam aqueles que têm identidade de tese jurídica e que se caracteriza pelos seguintes requisitos: (1) semelhança entre os fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada; e (2) identidade de fundamentos jurídicos desses fatos. Então para Ronaldo Cramer ocorrerá distinção apenas quando o caso concreto não contiver a mesma tese jurídica do precedente, ou seja, quando não possuir fatos semelhantes ou não contiver os mesmos fundamentos jurídicos do caso do precedente (CRAMER, 2016, p. 144-145).

Para fins da presente dissertação importante destacar como a técnica da distinção foi trabalhada pelos tribunais, conforme será exemplificado em relação à aplicação da Súmula Vinculante 24, do STF, a partir dos casos abaixo.

No julgamento da 2ª Turma do STF no HC 95443²⁵, verifica-se do voto da Relatora Ministra Ellen Gracie, que o tribunal afastou a aplicação da súmula vinculante 24, do STF, diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, de modo que se tornou necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário.

²⁵ HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. POSSIBILIDADE QUANDO SE MOSTRAR IMPRESCINDÍVEL PARA VIABILIZAR A FISCALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A questão posta no presente writ diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. 2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC nº 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 10.12.2003). 3. A orientação que prevaleceu foi exatamente a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º). No mesmo sentido do precedente referido: HC 85.051/MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.07.2005, HC 90.957/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.10.2007 e HC 84.423/RJ, rel. Min. Carlos Britto, DJ 24.09.2004. 4. Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes qualificados mencionados. 5. Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário. 6. Deste modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. 7. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 95443, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-030. DIVULG 18-02-2010. PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00238 RTJ VOL-00213-01 PP-00537 LEXSTF v. 32, n. 374, 2010, p. 313-334).

De ver que se trata de instauração de inquérito policial e não do exercício do direito de ação penal, vale dizer, não autorizou o oferecimento de denúncia, mas permitiu a instauração de inquérito de modo a possibilitar atos de investigação da prática de crimes. Ora, a SV 24 consubstancia justamente orientação pretoriana no sentido de se exigir que haja prévio exaurimento da via administrativa fiscal para configurar crime material contra a ordem tributária e, desse modo, no citado julgamento houve uma distinção ao autorizar a abertura de inquérito policial antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal.

O segundo caso pesquisado de distinção do provimento qualificado em questão (súmula vinculante 24, do STF), ocorreu no HC 133.274/RJ²⁶, julgado pela 6ª Turma do STJ, em julgamento da relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi, onde foi afastado o pedido de trancamento de ação penal em relação aos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, sob o fundamento de que o delito tributário, seu crime antecedente, ter sua ação penal trancada por falta de condição de punibilidade. A razão para o afastamento da súmula vinculante foi justamente porque o Relator reconheceu em seu voto tratar-se de delitos diversos do crime material tributário, objeto da súmula, não havendo aderência aos fatos da *ratio decidendi* do precedente que deu origem à súmula vinculante.

O terceiro caso de distinção digno de nota deu-se no julgamento pelo Plenário do STF no RHC 90532, em julgamento relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa em que a distinção se referiu a discussão do crime discutido não se tratar de crime material contra a ordem tributária, apesar de previsto na mesma Lei nº 8.137/90. Tratou-se de hipótese em que o crime objeto de apuração era previsto no artigo 2º, inciso I, da citada lei, o qual, segundo o julgado se trata de crime formal que prescinde da conclusão do procedimento administrativo fiscal para fins do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Sendo crime formal, inexistente exigência de resultado material e, para sua ocorrência, basta a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa.

O último dos casos pesquisados, com referência à súmula vinculante 24, do STF, refere-se ao HC 148.829/RS²⁷, julgado pela 5ª Turma do STJ, na relatoria da Ministra Laurita

²⁶ Habeas corpus impetrado visando ao trancamento da ação penal em relação aos delitos de "lavagem" de dinheiro e evasão de divisas, sob o fundamento de que o delito tributário, seu antecedente lógico, tivera trancada a ação penal respectiva, por falta de condição de punibilidade. Autonomia concreta entre os três delitos. Descabe o trancamento da ação penal que tem por objeto os delitos de evasão de divisas, lavagem de dinheiro. ORDEM DENEGADA. (HC 133.274/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 31/05/2010).

²⁷ HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PENDÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUANDO DA AUTORIZAÇÃO DE MEDIDAS INVESTIGATÓRIAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. BUSCA APREENSÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS DELITOS AUTÔNOMOS QUE AS AUTORIZARAM. FALSIDADE IDEOLÓGICA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA.

Vaz, referente a inocorrência de nulidade na fase investigatória de crimes contra a ordem tributária ainda que não tenha havido o lançamento definitivo do crédito tributário.

Houve distinção a respeito da aplicação do Tema 561, fixada a tese pelo STJ no julgamento do REsp 1.193.194/MG, que após seguidas decisões no mesmo sentido originou a Súmula 511, do STJ. Nos dois casos citados na nota explicativa abaixo²⁸, verifica-se que a distinção se referiu às qualificadoras de natureza subjetiva, quais sejam: (i) abuso de confiança; e (ii) emprego de fraude. Dessa maneira, o tribunal no labor interpretativo da norma penal incriminadora e considerando o fato subjacente ao caso penal, compreendeu pela inaplicação do precedente qualificado. Mais exemplos de aplicação da técnica da distinção.

2.3 Da dinâmica do precedente: a superação

A partir deste ponto será abordado o tema da superação. Superação consiste na revogação excepcional de um precedente por outro proferido pela mesma Corte que o criou ou por uma Corte hierarquicamente superior àquela (CRAMER, 2016, p. 145).

De acordo com a doutrina são identificadas como variantes de superação, a superação parcial e a transformação, a modulação dos efeitos da superação, a superação antecipada e a sinalização.

Na superação parcial (*overriding*, no *common law*) ocorre alteração parcial da norma do precedente para restringi-la. Apesar de não se encontrar expressamente prevista, pode ocorrer devido ao disposto no §3º, do artigo 927, do CPC, como lembra Cramer (2016,

HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não há ilegalidade na autorização de interceptação telefônica, busca e apreensão e quebra de sigilo bancário e fiscal, antes do lançamento do crédito tributário, quando as medidas investigatórias são autorizadas para apuração dos crimes de quadrilha e falsidade ideológica, também imputados ao Paciente, que supostamente se utilizava de intrincado esquema criminoso, com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. 2. Inexiste a aventada nulidade processual, tampouco a alegada ausência de elementos indiciários para fundamentar a acusação. As medidas investigatórias atenderam aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade e, quando do oferecimento da denúncia, os créditos tributários já tinham sido definitivamente lançados. 3. Habeas Corpus denegado. (HC 148.829/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012).

²⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. NATUREZA OBJETIVA. FORMA PRIVILEGIADA. INCOMPATIBILIDADE. SÚMULA 511/STJ. 1. Segundo o entendimento desta Corte, a qualificadora do abuso de confiança possui natureza subjetiva, razão pela qual é incompatível com a figura privilegiada do crime de furto. Aplicação da Súmula 511/STJ. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1391674/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. EMPREGO DE FRAUDE. QUALIFICADORA DE NATUREZA SUBJETIVA. FORMA PRIVILEGIADA. DESCABIMENTO. INCOMPATIBILIDADE. 1. A qualificadora do emprego de fraude possui natureza subjetiva e, por essa razão, por demonstrar maior gravidade da conduta, torna incompatível o reconhecimento da figura privilegiada do furto, independentemente do pequeno valor da res furtiva e da primariedade da agravante. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 395.916/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014).

p. 152), uma vez que quem pode o mais também pode o menos, isto é, se o Tribunal pode superar totalmente o precedente, poderá fazê-lo parcialmente.

Discordando dessa posição, alguns autores defendem que se aproxima mais da técnica da distinção, ou seja, o tribunal ao se valer de novo entendimento (questão de direito) para restringir a aplicação da norma do precedente, ao passo que a distinção se serve de alguma questão de fato para impedir a incidência da norma do precedente (DIDIER Jr; BRAGA; OLIVEIRA, 2019. p. 507),

Por sua vez, a transformação consiste em técnica em que o Tribunal, em vez de superar o precedente, opera modificação do seu sentido para então aplicá-lo ou não ao caso concreto. Nega-se o conteúdo do precedente, sem expressamente explicitar, como faz na superação (CRAMER, 2016, p. 153).

A modulação dos efeitos da superação é realizada em razão de motivos de segurança jurídica. Via de regra, a superação opera efeitos retroativos, isto é, alcança situações futuras, presentes e passadas. De modo distinto, importante consignar o entendimento firmado no Enunciado 55, do FPPC que diz: “Enunciado 55, do FPPC: Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

Um caso digno de nota quanto ao tema da modulação de efeitos foi o julgado pelo STF em relação ao ex-Presidente da Petrobrás Aldemir Bendine, refere-se ao Ag no HC 157.627²⁹, na qual a defesa conseguiu anular a primeira condenação, o que faria o processo retornar à primeira instância. A defesa alegou que, no processo, o paciente deveria ter apresentado alegações finais, a última manifestação antes do julgamento, depois dos delatores da Odebrecht, e não no mesmo prazo, como ocorreu.

²⁹ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS ESCRITOS POR RÉUS COLABORADORES E DELATADOS. PRAZO COMUM. INADMISSIBILIDADE. OFENSA ÀS REGRAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EXEGESE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, E 603, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. I – Possibilidade de impetração de habeas corpus nos casos em que, configurada flagrante ilegalidade do provimento jurisdicional, descortina-se premente o risco atual ou iminente à liberdade de locomoção, apta, pois, a gerar constrangimento ilegal. Precedentes desta Suprema Corte (HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 136.331, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). II - Decisão de primeiro grau de jurisdição que indefere pedido para apresentação de memoriais escritos após o prazo dos réus colaboradores. Prejuízo demonstrado. III – Memoriais escritos de réus colaboradores, com nítida carga acusatória, deverão preceder aos dos réus delatados, sob pena de nulidade do julgamento. Exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) que prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais. IV – Agravo regimental provido, para conhecer e conceder a ordem. (HC 157627 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 16-03-2020 PUBLIC 17-03-2020).

Nesse importante julgamento, restou consignado que a decisão de primeiro grau de jurisdição que indeferiu o pedido da defesa para apresentação de memoriais escritos após o prazo dos réus colaboradores, incidiu em prejuízo à defesa, portanto deveria ser anulada, uma vez que os memoriais escritos de réus colaboradores, continham nítida carga acusatória, e deveriam ter precedido os dos réus delatados.

O fundamento do precedente foi que a exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB) prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais, portanto se tratou de interpretação nova inexistente à época da decisão impugnada.

De acordo com Cramer (2016, p. 158), a técnica da superação antecipada, no Common Law chamada de *anticipatory overruling*, constitui medida de não aplicação do precedente pelo Tribunal inferior porque se verifica que o Tribunal Superior que o fixou irá alterá-lo. Essa medida não ocorre por adivinhação, mas a partir da constatação da indicação que o Tribunal Superior indica o enfraquecimento do precedente. Apesar do nome, não há propriamente uma superação do precedente, como bem anotou Marinoni (2019, p. 402-419), mas um juízo de probabilidade feito pelo Tribunal inferior.

Na sinalização (*signaling* no Common Law) haverá uma preparação para a superação do precedente em que o Tribunal ao identificar o desacerto do precedente, avisa que poderá modificá-lo futuramente, mas não o faz no caso concreto (CRAMER, 2016, p. 162). Nessa hipótese, não distingue o caso do precedente do caso presente, tampouco promove a superação, porém anuncia que poderá realizar isso no futuro.

Nesse sentido calha lembrar o Enunciado 320, do FPPC: “Enunciado 320, do FPPC: Os Tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

O artigo 926, do CPC, como será visto neste trabalho, estabelece deveres de aplicação dos precedentes qualificados ao determinar que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham íntegra, estável e coerente. A manutenção da estabilidade da jurisprudência é justamente indispensável para conferir segurança jurídica ao microssistema de precedentes qualificados, uma vez que a superação deve ocorrer apenas excepcionalmente.

Para Àvila (2019, p. 495), a mudança de orientação acarreta déficit de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico, causando surpresa e frustração que abalam os ideais de estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico.

Resta indagar então o que poderia justificar a superação de um precedente qualificado, ressaltando que quanto mais o precedente for citado e invocado mais difícil será superá-lo (GERHARDT, 2008, p. 200-201). E tampouco se deve incorrer no erro comum de confundir que a jurisprudência não é do tribunal, mas de sua composição atual (CRAMER, 2016, p. 147).

Desse modo, ensina Cramer (2016, p. 149-150) que os precedentes não devem ser modificados apenas porque a composição do tribunal foi alterada ou por qualquer outra razão que não seja a mudança da legislação, a conclusão de que o precedente a ser modificado foi fruto de um erro, de mudança de entendimento da comunidade jurídica ou da influência de relevantes circunstâncias de ordem econômica, política, cultural ou social (crises econômicas; guerras; globalização; entre outros).³⁰

Na prática, a superação de um precedente qualificado não será feita de maneira fácil ou abstratamente (caso das súmulas³¹), uma vez que dependerá de provocação do tribunal que editou o precedente por via de acesso recursal ou ações originárias em que a parte que se sinta prejudicada pela aplicação do precedente tente convencer o tribunal a não aplicar o precedente, ou alegando distinção, ou pedindo que o supere (CRAMER, 2016, p. 150-151).

Nesse sentido, cumpre lembrar:

Enunciado 321. FPPC. A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

Caso o tribunal adira aos argumentos da parte, fará a superação do precedente a partir da edição de um novo, em sentido contrário. Com efeito, na lição de Humberto Ávila (2019, p. 502): “Desse modo, a ‘mudança jurisprudencial’ somente ocorre quando uma decisão judicial manifesta entendimento diretamente contrário àquele manifestado em uma decisão judicial anterior eficaz sobre a mesma matéria”.

³⁰ Nesse sentido: **Enunciado 322 FPPC:** A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidi

³¹ As súmulas são os únicos precedentes que são modificados de forma abstrata por serem precedentes *latu sensu*, de modo que representam a consolidação de entendimento de vários julgados com diretriz decisória no mesmo sentido (precedentes) que motivaram a sua edição, cujo procedimento de revisão ou cancelamento encontra-se previsto no regimento interno do tribunal (cf. CRAMER, 2016, p. 151).

Para as Súmulas Vinculantes, interessante

No **RISTF** vide artigos 354-A à 354-G, para as súmulas vinculantes, cujo procedimento também se aplica às súmulas comuns de acordo com o artigo 2º, da Emenda Regimental nº 46, de 06/07/2011. Vide ainda a Lei nº 11.417/2006, o procedimento para edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante. No **RISTJ** vide artigos 122 à 127.

Para o autor citado, o entendimento contrário do tribunal pode ser manifestado de maneiras diversas que pode ser expressamente (decisão posterior explicitamente supera a anterior); implicitamente (decisão posterior adota sentido incompatível com a anterior, cuja compreensão depende do conhecimento da anterior e do contraste entre ambas); ou por modo encoberto (quando a decisão posterior contraria a anterior, sem referir-se àquela ou mesmo contrapô-la) (ÁVILA, 2019, p. 503).

Importante ainda dar destaque para a interpretação dos §§2º e 4º, do artigo 927, do CPC sobre a superação de precedentes qualificados. De acordo com Cramer (2016, p. 151-152) a superação não pode ser implícita, muito menos um precedente qualificado pode ser superado por outro que não indique as razões para assim fazer, a depender sempre de fundamentação adequada e específica (vedação de superação implícita), para não ofender o princípio da segurança jurídica. Na eventualidade do tribunal cogitar de superar um precedente vinculante, pode marcar audiência pública para discutir a questão e permitir a participação de pessoas, órgão ou entidades interessadas (*amicus curiae*).

Como exemplo de superação paradigmática na jurisprudência criminal do STF pode ser citada a discussão sobre a execução da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância em detrimento do princípio da presunção de inocência no contexto do HC 84.078/MG, HC 126.292/SP e ADC's 43 e 44.

Explicando o contexto desse importante *overruling*, cumpre citar:

Não obstante o texto constitucional de 1988 seja de uma clareza incontestada, estabelecendo que o Estado de Inocência deva subsistir até o surgimento de decisão definitiva naquela relação processual, a posição inicialmente defendida pelos tribunais, inclusive pelo STF, era de que o princípio do Estado de Inocência, tipificado no texto constitucional, deveria ser interpretado de maneira restritiva, de modo que não seria cabível a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, devendo ser iniciada a execução provisória da pena com a prolação da decisão condenatória no segundo grau de jurisdição (CALABRICH, 2015, p. 493).

Tal panorama perdurou até meados da década inicial do século XXI, momento em que pensamentos divergentes começaram a surgir entre as duas turmas da Corte, ora defendendo a necessidade de manter o entendimento vigente - de que a execução provisória da pena após decisão condenatória de 2º grau não ofenderia o princípio do Estado de Inocência; ora afirmando que existiria a necessidade de dar máxima amplitude a este princípio, obstando, de tal forma, a execução da pena até a existência de decisão condenatória definitiva, resultando na votação da matéria pelo plenário quando do julgamento o Habeas Corpus 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, prevalecendo assim, em votação dividida - 7 votos a 4 - a modificação do entendimento do Supremo sobre o tema, passando a ser reconhecido, a partir de então, a impossibilidade da execução provisória da pena, momento em que foi determinado que a prisão pena pudesse ocorrer, tão somente, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em consonância estrita como determina o texto constitucional, fato que foi prontamente recepcionado pela doutrina especializada.

A despeito dessa acolhida favorável, tal posicionamento teve vida realmente efêmera, pois em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, o tema foi levado novamente ao plenário da Corte, momento no qual, por votação mais uma vez dividida (7 votos a 4), ocorreu nova mudança no entendimento a respeito do âmbito de incidência do princípio constitucional, entendeu o Supremo que a execução provisória da pena, na pendência de julgamento dos meios extraordinários de impugnação, não violaria o Estado de Inocência dos acusados.

Assim, chegaram os ministros à conclusão de que os recursos destinados aos tribunais superiores não teriam como objetivo a reanálise do caso concreto, tendo a matéria fática transitada em julgado com o recurso ao órgão julgador de 2º grau – mas sim, a verificação da higidez do sistema normativo, motivo pelo qual as normas que determinam a ausência de efeito suspensivo em tais recursos (artigo 26, §2º da Lei 8.038/1990 e artigo 637 do CPP) estariam acobertadas pelo manto da constitucionalidade, não devendo haver óbice ao início da execução da pena na pendência de julgamento destes.

O entendimento foi posteriormente corroborado pelo Tribunal quando do julgamento das ADCs 43 e 44, fixando-se assim a tese que atualmente prevalece em nosso ordenamento jurídico, pela qual a pena pode ser executada, ainda que subsista a possibilidade de modificação da decisão condenatória, representando inegável e perigosa flexibilização de tão importante garantia constitucional em uma ordem dita democrática. (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 79-80).

Sobre a técnica da superação é interessante ainda abordar sobre o tema do *superprecedente*, o qual se notabiliza pela importância técnica ou acadêmica, longevidade e indiscutível confiança social, de modo a considerar incorporado na cultura jurídica e, portanto, de inimaginável superação.

Como exemplos de super precedentes qualificados na experiência da Suprema Corte americana, de acordo com Cramer (2016, pp. 163-164) e Legale (2016, p. 811), podem ser citados o Caso *Marbury vs. Madison* sobre o *judicial review*, o Caso *Roe vs. Wade* sobre o reconhecimento do direito ao aborto e o Caso *Brown vs. Board of Education* que proibiu qualquer tipo de segregação racial em escolas públicas nos Estados Unidos.

Dessa maneira, o superprecedente seria um julgado que cria ou incrementa uma norma de *status* diferenciado e que possui eficácia vinculante, defendendo que deve ser uma norma que cria ou amplia direito fundamental. (CRAMER, 2016, p. 164).

Nesse sentido, Gerhardt ensina:

Super precedents are not unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently approved over significant periods of time. These are decisions which have been so repeatedly and widely cited for so long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seems un-American to attack, much less to formally reconsider them. These decisions are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent—consistency, stability, predictability, and social reliance—are compelling (GERHARDT, 2008, p. 178).³²

³² **Tradução livre:** Superprecedentes qualificados não são exclusivos dos tribunais, mas são decisões constitucionais nas quais as instituições públicas têm investido fortemente, repetidamente confiado e aprovado consistentemente em períodos significativos de tempo. São decisões tão repetidas e amplamente citadas por tanto

Para esta pesquisa entende-se que no direito brasileiro, em matéria criminal, pode ser citado como exemplo de *superprecedente* o julgamento conjunto da **ADO 26/DF** e do **MI 4733/DF** pelo STF. Trata-se do julgamento que criminalizou a transfobia no nosso país, constituindo um verdadeiro paradigma considerando as menções e críticas que recebeu da comunidade acadêmica.³³

Nessa ordem de pensamento, importante lembrar outro paradigma que representou o julgamento do HC 52.959, julgada em 2007, para a construção de um sistema de precedentes qualificados em matéria criminal, e a Reclamação 4.335, ajuizada em 2006 pela Defensoria Pública da União (DPU) contra decisão do Juiz da Vara da Comarca de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime formulado em favor de condenados pela prática de crimes hediondos a penas de reclusão a serem cumpridas em regime integralmente fechado. Sustentou que a redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ofendeu a decisão do STF no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo.

A questão pertinente versou sobre a possibilidade de invocar, em sede de reclamação, o descumprimento dos efeitos de uma decisão proferida no âmbito do controle

tempo que seu significado e valor aumentaram a ponto de serem assegurados por redes duradouras. Eles estão profundamente e irrevogavelmente incorporados em nossa cultura e consciência nacional, tanto que parece antiamericano atacar, muito menos reconsiderá-los formalmente. Essas decisões são os casos mais claros em que os valores institucionais promovidos pela fidelidade ao precedente — consistência, estabilidade, previsibilidade e confiança social — são convincentes (GERHADT, 2018, p. 178).

³³ **Teses fixadas pelo STF:** 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

difuso. Então vislumbra-se a formação de três correntes no STF sobre a ocorrência da mutação do texto do artigo 52, inciso X, da CRFB³⁴, assim arroladas:

- a) conferir à decisão do Senado efeito de mera comunicação aos demais poderes, passando as decisões no controle difuso a ter efeito vinculante (ministros Gilmar Mendes e Eros Grau);
- b) manter o teor do artigo 52, X, diante da impossibilidade de alteração do seu texto, (Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski); e
- c) desconsiderar a questão da mutação, porque, mesmo reconhecendo um efeito expansivo dos precedentes qualificados, com a posterior edição posterior da Súmula Vinculante 26, que possui efeito vinculante, seria possível julgar procedente a reclamação sem ultrapassar a literalidade do artigo 52, inciso X, da CRFB (defendida pelos Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello).

Nesse importante julgado, prevaleceu o entendimento de que esse efeito ultrapartes da decisão, com efeito expansivo, deveria ser desconsiderado, afastando a ideia de mutação constitucional e mantendo a competência do Senado para dar publicidade à decisão do STF em sede de controle difuso (terceira corrente acima).

2.4 Os deveres estruturantes e de aplicação de um sistema de precedentes qualificados

A abordagem do tema dos precedentes qualificados normalmente pode ser feita de maneiras distintas, ora com foco nos conceitos básicos e nas técnicas de aplicação e distinção, ora quanto aos vetores principiológicos que informam a edição e estruturação do microssistema, como fez Cramer (2016, p. 123-138).

Neste momento, sem embargo da opção dada por outros autores, será dada preferência à nomenclatura *deveres estruturantes e de aplicação* previstos na obra de Fábio Victor da Fonte Monnerat³⁵ que explicam de mais didática como esses valores asseguram isonomia e segurança jurídica a partir da edição e aplicação de precedentes qualificados.

Nesse passo, os deveres estruturantes e deveres de aplicação dos precedentes qualificados serão enfrentados por se tratar da base principiológica utilizada para

³⁴ Vide: Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJe 21/10/2014.

³⁵ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. Saraiva, 2019. (e-book Kindle)

compreender o próprio microssistema de precedentes. É necessário dividir os deveres que informam o microssistema de precedentes qualificados em dois grandes grupos conforme abaixo:

1 - Deveres estruturantes do sistema de precedentes qualificados:

- a) dever de uniformização
- b) dever de formalização
- c) dever de adstrição ao caso concreto
- d) dever de modulação.

2 - Deveres de aplicação dos precedentes qualificados.

- a) dever de integridade
- b) dever de estabilidade
- c) dever de coerência

Esses deveres foram deduzidos a partir da preocupação do legislador em traçar diretrizes funcionais para o sistema de precedentes qualificados.

Antes de iniciar o debate sobre esses deveres é necessário fixar duas premissas a respeito do tema. A primeira diz respeito à própria previsão normativa para a criação de precedentes obrigatórios, cuja constitucionalidade foi questionada por parcela da doutrina, uma vez que, dos relacionados no artigo 927, do CPC, nem todos podem ser considerados como compatíveis com a CRFB, consoante entendem Streck e Abboud (2016, p. 1192-1209).

E a segunda premissa parte de uma metodologia que não se limitará ao texto do CPC, ou seja, da percepção de que o microssistema de precedentes se comunica com outras normas do sistema jurídico brasileiro e, principalmente, com o desenho institucional traçado para o Poder Judiciário brasileiro, o papel desempenhado pelas cortes de vértices e as peculiaridades do sistema de recursos.

Do ponto de vista da formação dos precedentes qualificados, destaca-se como primeiro dever estruturante no chamado *dever de uniformização*. Fábio Monnerat assevera que sempre se conviveu no Brasil com a divergência jurisprudencial em razão da despreocupação com a uniformização do entendimento dos tribunais, fato comum e tolerável do jogo da vida, mas seus efeitos deletérios graves sempre chamaram a atenção, especialmente, porque o desrespeito à uniformidade ofende o princípio da igualdade no momento mais importante que é o da aplicação da jurisdição (MONNERAT, 2019, p. 61-65).

Por outro lado, além da isonomia, desobedecer ao dever de uniformização enseja insegurança jurídica ao propiciar resultados absolutamente diversos para situações idênticas, muitas vezes, no contexto recursal de um mesmo órgão fracionário de tribunal, de modo que

os jurisdicionados não saberão como se comportar diante de padrões decisórios tão dispares (KIRCHER, 2018, p. 85-93; MACEDO, 2019, p. 104-125; PEIXOTO, 2019, p. 51-69).

Nessa senda, existe na cultura brasileira um estímulo à litigância e sua contenção a partir do estudo da jurisprudência não se constitui como uma pauta segura para apontar soluções pré-fabricadas. Alia-se ao fato de que a sociedade não percebe que existem outros meios alternativos para a solução das controvérsias, apesar de o atual CPC prever modos de solução alternativas de conflitos (sistema multiportas) e a atual legislação processual penal experimentar uma abertura expressiva para a consensualidade (transação penal, acordo de não persecução penal e colaboração premiada, para citar alguns exemplos).

Diante desse quadro de dispersão jurisprudencial, como trabalha Mancuso (2019, p. 217), percebe-se que o legislador ao conceber o CPC de 2015, detectou a divergência jurisprudencial e seus efeitos negativos como um mal que deve ser combatido, instituindo o microssistema de precedentes qualificados obrigatórios como uma conjunto de técnicas para mitigar a dispersão da jurisprudência e a previsão do dever de uniformização, previsto no *caput* do artigo 926, *caput*, do CPC, constrange os órgãos do Poder Judiciário a adotar uma nova cultura de gerenciamento processual.

Como corolário deste primeiro dever, Monnerat (2019, p. 67-72) desenvolveu o segundo dos deveres estruturantes, o chamado *dever de formalização* que existe para complementar o dever de uniformização. Para as súmulas encontra-se previsto no §1º do artigo 926, do CPC.

Com efeito, por mais que, o CPC tenha valorizado a jurisprudência, o legislador abandonou a concepção ultrapassada de uma mera jurisprudência constatada, por entender com base na experiência que essa não é a melhor forma de estruturar um sistema de precedentes qualificados. De acordo com Monnerat (2019, p. 67-72) a jurisprudência constatada seria aquela que qualquer operador do direito constataria presente no sistema judiciário, contudo como um conjunto disperso de julgados que foram produzidos de maneira não tão rigorosa.

Assevera o professor Monnerat (2019, p. 67-72) que existe um desvio de foco no objetivo de se pesquisar a jurisprudência no Brasil, uma vez que, via de regra, o interessado procura apenas por aqueles julgados que abonam a tese por ele abraçada, sem uma preocupação científica com a unidade e integridade do direito na visão Dworkiniana. No seu modo de compreensão, Monnerat (2019, p. 67-72) revela que o CPC de 2015 foi além ao exigir o que chamou de jurisprudência formalizada, ao prever e estruturar normas que criam um microssistema e determina expressamente que os Tribunais elaborem Súmulas e

precedentes qualificados, ou seja, volta os olhos para as diversas normas do CPC que tratam dos precedentes qualificados.

Sem embargo, importante lembrar que as súmulas são iniciativa antiga do Ministro do STF Victor Nunes Leal, nos idos do ano de 1963, e que permaneceram incorporadas à tradição jurídica brasileira e o artigo 926, §1º, do CPC, segundo Monnerat (2019, p. 61-65) fixa uma novidade ao exigir expressamente que os Tribunais promovam a edição (formalização) das súmulas.

Os precedentes qualificados são, segundo Monnerat (2019, p. 61-65), um produto de técnica especificamente voltadas à construção de teses representativas dos entendimentos do tribunal e, a rigor, poderiam ser considerados como qualquer julgado que venham antes de outros, de modo perceptível, e que um conjunto razoável deles formará então o que se convencionou chamar de jurisprudência. Superando a ideia de jurisprudência, no sentido quantitativo, o mérito do CPC foi prever alguns tipos de precedentes qualificados e estabelecer as balizas mínimas do processo de formação deles.

Esses precedentes qualificados foram engendrados com a pretensão retratar toda a jurisprudência mais qualificada de um tribunal como seriam os exemplos dos acórdãos em julgamento de recursos repetitivos, o recurso extraordinário com repercussão geral, o acórdão que julga o IRDR, o IAC, bem como as súmulas, que são os tipos de pronunciamento que o CPC escolheu para *formalização* da jurisprudência.

Essa formalização gerou uma série de funcionalidades para a aplicação dos precedentes qualificados, os quais constituem espécie de pronunciamentos hipervalorizados pelo sistema, no sentido de que representam em uma certa medida autoridade e força maior do que a mera jurisprudência constatada, que não é de toda inútil, mas se for comparada com os precedentes qualificados tem uma importância menor.

Por sua vez, o terceiro dever estruturante do sistema de precedentes qualificados é o chamado *dever de adstrição* ao caso concreto que se deduz a partir do procedimento de edição do precedente quanto serão considerados os contornos fáticos e a questão jurídica que foi colocada a partir do caso concreto levado ao tribunal. No caso, pode ser visualizado no §2º do artigo 926, do CPC. O dever de adstrição impede que o Poder Judiciário produza normas jurídicas abstratas, ou seja, que vá além do caso concreto Monnerat (2019, p. 78-82).

O quarto dever estruturante, visualizado nos §§3º e 4º do artigo 927, do CPC, no controle de constitucionalidade no artigo 28, da Lei nº 9.868/99 (ADI/ADC) e artigo 11, da Lei nº 9.882/99 (ADPF), é o chamado *dever de modulação* que consiste na verificação dos resultados que os precedentes qualificados formados trarão às situações idênticas

consolidadas. Esse dever de modulação surge quando o Judiciário ao esclarecer e concretizar o direito posto, impondo o dever de observar de seus precedentes qualificados, observa as questões de direito intertemporal, uma vez que os precedentes qualificados não resolvem apenas questões pretéritas e geralmente resolvem questões prospectivamente, declarando se o precedente deve ou não ser retroativo (efeito *ex tunc*). Como a tese vinculante dirimida pelo tribunal alcança situações pretéritas, servirá à proteção da coisa julgada, com uma resolução justa e pacificará questões controvertidas, caso contrário, não proporcionará segurança jurídica (MONNERAT, 2019, p. 82-95).

A modulação deve ser manifestada pelo tribunal assim que fixar o seu entendimento por meio de precedentes qualificados, quando então seriam resolvidos todos os problemas passados e futuros relacionados com a sua aplicação, ou seja, deve o Tribunal procurar a solução para os problemas de direito intertemporal.

Por fim, sobre os deveres de aplicação dos precedentes qualificados (integridade; estabilidade e coerência), previstos no *caput*, do artigo 926, do CPC, entende-se que devem ser inicialmente compreendidos a partir do pressuposto de que os precedentes qualificados estão formados, vale dizer, que existem. De acordo com Monnerat (2019, p. 95-132), a integridade, coerência e a estabilidade dos precedentes qualificados pode ser resumida sob a rubrica do chamado *dever de respeito*, no sentido de que o primeiro compromisso que o Tribunal deve verificar ao julgar um caso concreto é procurar na sua jurisprudência verificar se existe algum precedente anterior sobre o mesmo assunto discutido e então aplicá-lo.

Nesse ponto, observa-se a preocupação do legislador em combater a incoerência da jurisprudência com os olhos voltados para a isonomia e a segurança jurídica, pois o tribunal tem compromisso com o passado, o presente e o futuro.

Todos esses deveres em que pese a ausência de normas específicas no CPP são aplicáveis ao processo penal, conformando a estrutura do processo penal às diretrizes de formação e aplicação de um sistema de precedentes qualificados.

CAPÍTULO 3 - OS PRECEDENTES QUALIFICADOS

Neste ponto, compreendeu-se pela necessidade de tomar por base o rol dos incisos do artigo 927, do CPC para fins de comentar sobre a possibilidade de aplicação dos diferentes tipos de precedentes vinculantes para o direito penal e processual penal, sem olvidar que o posicionamento inicial foi no sentido de considerar inconstitucionais alguns deles.

3.1 As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade

Refere-se às decisões proferidas pelo STF na análise sobre a (in)constitucionalidade em abstrato das leis ou atos normativos por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).³⁶

Anotam Danyelle Galvão, Lênio Streck e Georges Abboud que essas decisões têm efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas três esferas dos entes federativos institucionalizados, por força do disposto no artigo 102, §2º, da CRFB, do artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999 e do artigo 10, §3º, da Lei nº 9.882/1999 (GALVÃO, 2022, p. 138; STRECK; ABBOUD, 2016, p. 1202-1203). Aqui não há divergência com os autores citados, uma vez que no texto do §2º do artigo 102, da CRFB consta a expressão “efeito vinculante” ao passo que, no CPC, não é vislumbrada em nenhuma passagem de seus 1.072 artigos.

Nesse caso, considera-se que ao adotar posicionamento no sentido de conferir ao STF o papel de Corte Constitucional ou de Corte Suprema, deveria ser encarado com naturalidade que suas decisões no controle de constitucionalidade das leis devessem ser vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta dos três entes federativos, mesmo que não houvesse uma vinculação prevista em norma infraconstitucional específica³⁷.

Com efeito, importante distinguir qual seria a fonte da vinculação prevista no artigo 927, do CPC, diante do uso do verbo “observar” pelo legislador ordinário. Da Constituição emanam indubitavelmente a coisa julgada *erga omnes*, retroativa e geral, e o efeito vinculante, previstos no §2º, do artigo 102, da CRFB e nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99.

³⁶ Como lembra o **Enunciado 314 FPPC**: As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal.

³⁷ cf. Galvão (2022, p. 138) que o limita apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário.

De acordo como Danyelle Galvão o artigo 927, I, do CPC estabeleceu vinculação obrigatória aos fundamentos determinantes da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, qualificando-os como precedentes a partir de sua publicação. (GALVÃO, 2022, p. 139). Nesse ponto, na pesquisa empreendida à doutrina, foi verificada divergência com a posição defendida por Lênio Streck e Georges Abboud que defendem que seria o dispositivo dos acórdãos que julgam as ações concentradas o que efetivamente vincula os demais órgãos do Poder Judiciário (STRECK; ABBOUD, 2016, p. 1202). Esclarece a confusão Ronaldo Cramer:

No entanto, a eficácia erga omnes e vinculante não se confunde com eficácia do precedente vinculante, que agora essas decisões passam a ter, conforme o inciso I do art. 927 do NCPC.

A eficácia do precedente não abrange o dispositivo, mas a ratio decidendi da decisão em controle concentrado, impondo aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao próprio Supremo, por força do inciso V do art. 927 do NCPC, a obediência às razões da referida decisão (CRAMER, 2016, p. 192-193).

Em outras palavras, a *ratio decidendi* das decisões proferidas em ADI, ADC e ADPF vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário, tratando-se de hipótese de vinculação vertical, inclusive do próprio STF (vinculação horizontal) se considerado a partir de seus órgãos fracionários, até que o precedente seja superado em razão de circunstâncias ulteriores relevantes de ordem política, econômica, social ou jurídica ou ainda que seja aplicada a técnica da distinção (GALVÃO, 2022, p. 139-140).

Exemplos recentes de decisões em controle de constitucionalidade na seara penal e processual penal podem ser vistos nas ADC's 43, 44 e 45, a respeito da constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, diante do texto do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para início da execução.

Na referida decisão, os Ministros do STF julgaram procedente a ação para declarar a constitucionalidade da norma impugnada, cuja decisão possui efeitos *erga omnes* e efeito vinculante. Desse modo, o precedente possuirá um *plus*, por força do disposto no artigo 927, I do CPC, sendo os fundamentos utilizados como razões determinantes da constitucionalidade defendida, cuja observância será obrigatória, uma vez que deve a decisão gerar um precedente qualificado.

Outro exemplo a ser citado é a ADI 4424 em que o STF fixou interpretação conforme à Constituição do artigo 16, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispondo que a ação penal na hipótese do crime de lesão corporal leve será pública incondicionada,

quando se tratar de crime no contexto de violência doméstica, a despeito da regra prevista no artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

De ver que se trata de norma de natureza híbrida ou mista, vale dizer, de norma com natureza penal e processual penal simultaneamente, cuja interpretação dada ao citado artigo 16, da Lei Maria da Penha importou em ampliação do direito de punir estatal, porquanto afastou aplicabilidade de causa de extinção da punibilidade (decadência) e da retratação da representação. Em decorrência desse posicionamento do STF, referida interpretação, como ainda será visto nesta dissertação, não poderá ter efeitos retroativos por força do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal.

Um terceiro exemplo, ocorreu na ADC 19 quando o STF declarou constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), contudo sem aplicação de efeitos retroativos ou prospectivos considerando que diferente da ADI, na ADC não haverá debate sobre mudança qualitativa na situação jurídica das normas impugnadas. Ordinariamente, as normas são editadas com a presunção de constitucionalidade e eventual declaração reforça essa característica ínsita às mesmas.

Outro exemplo que pode ser apontado, ocorreu na ADI 4911, oportunidade em que o STF julgou inconstitucional a norma do artigo 17-D, da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 09/07/2012, que autorizava, em caso de indiciamento, o afastamento automático de servidor público, sem prejuízo de sua remuneração e demais direitos previstos em lei, quando investigado por crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores.

Nesse julgado, o Pretório Excelso entendeu que a determinação do afastamento automático do servidor investigado, por consequência única e direta do indiciamento pela autoridade policial, não se coaduna com o texto constitucional, uma vez que o afastamento do servidor, em caso de necessidade para a investigação ou instrução processual, somente se justificaria quando demonstrado nos autos o risco da continuidade do desempenho de suas funções e a medida ser eficaz e proporcional à tutela da investigação e da própria administração pública, circunstâncias a serem apreciadas pelo Poder Judiciário.

Extraí-se ainda das razões de decidir que restaria violado o princípio da proporcionalidade quando não se observar a necessidade concreta da norma para tutelar o bem jurídico a que se destina, já que o afastamento do servidor pode ocorrer a partir de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, na forma de medida cautelar diversa da prisão, conforme os artigos 282, § 2º, e 319, inciso VI, ambos do CPP.

Por outro lado, foi ainda lembrado que a presunção de inocência exige que a imposição de medidas coercitivas ou constritivas aos direitos dos acusados, no decorrer de inquérito ou processo penal, seja amparada em requisitos concretos que sustentam a fundamentação da decisão judicial impositiva, não se admitindo efeitos cautelares automáticos ou desprovidos de fundamentação idônea.

A rigor, o STF não seria apenas uma corte de precedentes qualificados ou uma corte constitucional, uma vez que a leitura do artigo 102, da CRFB demonstra que o STF também possui competências revisoras, em grau de recursos ordinários e extraordinário, bem como competência para processar e julgar ações penais originárias. Com efeito, a previsão do efeito vinculante por força do artigo 927, inciso I do CPC, representaria reconhecer expressamente a função nomofilática do STF como Tribunal Constitucional (GALVÃO, 2022, p. 141).

Para alguns autores, o maior problema na formação de precedentes qualificados a partir do controle abstrato de constitucionalidade advém da dificuldade na identificação da *ratio decidendi* do Acórdão, o que não ocorre somente no âmbito dos julgamentos do STF, mas em todos os julgamentos colegiados dos Tribunais brasileiros diante da adoção de votos individualizados, mesmo quando em sentido coincidentes, estabelecendo um dilema entre o julgamento *seriatim* e *per curiam* (GALVÃO, 2022, p. 143).

A razão consiste na tradicional vigente no Brasil em que a mera soma das conclusões de votos não se perfaz somente com base no mesmo fundamento, mas em fundamentos que podem ser díspares, como adverte Câmara (2018, p. 270), ou mesmo extrair, diante de uma dispersão de fundamentos, qual seria a *ratio decidendi* esvaziando o sentido da formação do precedente.

A preocupação em estabelecer decisões que reflitam fundamentos com respeito à uniformização de entendimentos do órgão julgador facilitaria a extração da *ratio decidendi* ainda mais em decisões que terão tanto o dispositivo, quanto os motivos determinantes, considerados, de modo que facilitaria a edição e aplicação dos precedentes qualificados (GALVÃO, 2022, p. 145).

3.2 Os enunciados de súmula vinculante

No direito brasileiro importante papel destina-se às súmulas, as quais foram criadas originalmente com a finalidade de exercer um controle sobre a qualidade das decisões dos Ministros do STF. Trata-se de expediente que foi criado por meio de emenda ao

regimento interno do STF (RISTF) no ano de 1963, como informa o Ministro Victor Nunes Leal, inspiradas nos *assentos* portugueses e *máximas* italianas, concebidas como enunciados gerais e abstratos que tinha por finalidade informar aos Ministros do STF qual era a orientação da corte sobre determinadas questões jurídicas já julgadas pela corte, sendo criada com a intenção de servir de mecanismo de organização ou método dos trabalhos da corte (LEAL, 2015, p. 14-18).

Em que pese a grande controvérsia existente na doutrina, é importante não olvidar o papel desempenhado pelas súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da CRFB, então incorporadas ao texto constitucional pela EC nº 45/2004, que não devem ser confundidas com precedentes segundo alerta Lênio Streck e Georges Abboud considerando o sentido genuíno desse termo, oriundo da *common law*, sob pena de instituir um ecletismo perigoso (ABBOUD; STRECK, 2014, p. 81-90).

De acordo com esse pensamento, as súmulas, comuns ou vinculantes, não seriam normalmente considerados como precedentes no sentido de uma decisão anterior, havendo necessidade de se desmitificar a tese corrente no imaginário jurídico, surgida na esteira de um relativismo de conceitos e da falta de rigor científico que não são exclusivos do Direito.

Desse modo, a súmula nada mais é do que um texto que deve ser compreendido a partir de um olhar hermenêutico, não constituindo necessariamente uma norma, porém um texto que foi resultado da interpretação de um caso concreto que foi, repetidas vezes, objeto de controvérsia judicial, trabalhada e condensada para ser apresentada como a tese repetida pelo Tribunal (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 56),

Cumprе destacar que, a rigor, as súmulas não constituindo um precedente, uma vez que não passam de resumo ou trecho de uma ou de várias decisões judiciais proferidas por Tribunais, deve ser compreendida como um ponto de partida para procura da *ratio decidendi* dos julgados que a inspiraram (MARINONI, 2019, p. 309-310).

Por outro lado, cumpre externar a necessidade de verificação da coincidência da hipótese fática e da questão jurídica constatada, a partir dos precedentes que discutam a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais existiu controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, nos termos do §1º, do artigo 103-A, da CRFB, cuja resolução auxiliou a edição da súmula, vinculante, em cotejo com o caso concreto em julgamento de modo a verificar o acoplamento deste com a súmula.

Importa consignar que o CPC promoveu indevidamente uma equiparação formal entre as súmulas vinculantes (vide inciso II do artigo 927), com as chamadas súmulas simples ou comuns (inciso IV do artigo 927, do CPC), uma vez que possuem distinções de índole formal relevantes.

De ver que a previsão e regulamentação das Súmulas vinculantes constam, respectivamente, no artigo 103-A, da CRFB com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e na Lei nº 11.417, de 19/12/2006, ao passo que a edição e regulamentação das súmulas ordinariamente ocorrem por meio dos Regimentos Internos dos Tribunais.

De acordo com o artigo 103-A da CRFB ao prevê as súmulas vinculantes determina que o STF poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Como sabido, a Constituição Federal possui extensa previsão de direitos e garantias relacionadas a seara penal e processual penal, em que pese não se prestar ordinariamente a descrição de tipos penais ou cominar penas, caracteriza-se como a norma fundamental do nosso ordenamento jurídico de onde irradiam as principais regras e onde estão previstos os princípios fundamentais da matéria.

De outra banda, a disciplina quanto a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal foi realizada com a edição da Lei nº 11.417, de 19/12/2006, no que foi complementada pelas disposições do RISTF.

Do conjunto de provimentos formalmente vinculantes previsto no artigo 927, do CPC compreende-se que as decisões proferidas em sede de controle concentrado e as súmulas vinculantes seriam as espécies que possuem um grau de vinculação mais forte a par da existência de normas cogentes de índole constitucional que expressamente aludem ao efeito vinculante. Na seara penal e processual penal, até o presente momento, foram editadas 11 (onze) súmulas vinculantes pelo STF.

De acordo com o artigo 3º, da Lei 11.417/2006, são legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;

- VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal.

Na prática a maioria das súmulas vinculantes editadas até o momento foram por proposta dos próprios Ministros do STF. Cumpre destacar que, em relação aos legitimados para a propositura de edição de súmulas vinculantes no âmbito criminal, a prática judiciária no STF tem demonstrado a atuação destacada do Defensor Público Geral da União, como ocorreu, por exemplo, na PSV's que culminou na edição da SV 56.

A revisão ou cancelamento do enunciado de súmula vinculante está atrelado à revogação ou modificação do texto da lei em que se fundou a edição da súmula vinculante nos termos do artigo 5º, da Lei nº 11.417/2006.

Importante destacar que eventual decisão judicial ou ato administrativo que contrariar uma súmula vinculante estará passível de correção por reclamação.

3.3 O Incidente de resolução de demandas repetitivas

O IRDR constitui uma inovação trazida pelo CPC e consiste em preocupação do legislador com as chamadas demandas de massas, ou seja, com as causas repetitivas (demandas isomórficas) destinando-se à finalidade de fixar tese para evitar decisões contraditórias (MANCUSO, 2019, p. 199; MENDES, 2017, p. 104; TEMER, 2020, p. 31).

De fato, pondera Aluísio Gonçalves de Castro Mendes que apesar do IRDR ter se inspirado no procedimento-modelo alemão (*musterverfahren*), não se deve olvidar que também buscou essa inspiração na própria experiência brasileira do revogado CPC, deitando raízes no denominado incidente de recursos repetitivos, outrora previsto nos artigos 543-B e 543-C, do CPC/1973, respectivamente para os recursos extraordinário e especial, a partir dos anos 2006 e 2008 (MENDES, 2017, p. 43-45).

O IRDR, de acordo com anteprojeto aprovado, foi criado pelo legislador com a intenção de resolver simultaneamente centenas ou milhares de casos repetitivos em que se discute um determinado tema jurídico comum que, na sociedade contemporânea, constitui fenômeno frequente, especialmente em demandas como a remuneração de servidores públicos, os direitos do contribuinte e de consumidores, contratos de trabalho, previdência social e as relacionadas à implementação de direitos fundamentais.

No processo penal, pode ser útil para resolver questões, por exemplo, relacionadas à execução penal, quando exsurgir casos em que se deva aplicar um instituto como a progressão ou regressão de regime prisional ou benefícios na fase de execução da pena de maneira uniforme a um número expressivo de pessoas. Nesse sentido: “Embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada no âmbito do Processo Civil, tendo em vista que, em princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal, do Trabalho ou Eleitoral” (MENDES, 2017, p. 5).

Ao contextualizar o fenômeno da litigiosidade repetitiva, a professora Sofia Temer explica que as questões jurídicas repetitivas, no contexto do sistema processual civil anterior, a rigor, eram tratadas e resolvidas normalmente de maneira individualizada, a exigir previsão de técnica processual adequada (TEMER, 2020, p. 32), vez que geram consequências danosas para o sistema de justiça brasileiro, destacando-se, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, entre eles, os custos elevados para o Estado e a potencialização do risco da ocorrência de decisões diferentes em torno de uma mesma controvérsia jurídica (MANCUSO, 2019, p. 39-51).

Com efeito, as chamadas demandas repetitivas são aquelas que não possuem questões controvertidas acerca de fatos, mas exclusivamente de direito e, que por disciplinar relação jurídica massificada, atingem individualmente um grupo expressivo de jurisdicionados. Com efeito, a admissão e o processamento do IRDR, culminando com a definição de uma tese jurídica uniforme para vários casos idênticos, tem por finalidade justamente buscar uma maior eficiência do sistema de Justiça e minimizar o risco de decisões diferentes para casos semelhantes, o que foi cunhado de *dispersão excessiva da jurisprudência* (MANCUSO, 2019, p. 10)

Ocorre que a repetitividade de questões controversas no âmbito criminal não se trata de questão atual, pois sempre foi objeto de preocupação antes mesmo do advento do novo CPC, como se pode deduzir da previsão do julgamento de recursos repetitivos perante os Tribunais Superiores, havendo preocupação do legislador com a estabilidade da jurisprudência. No ponto, destaca-se a necessidade de aprimoramento das técnicas processuais e a conveniência de criar o IRDR e aplicá-lo também na seara criminal. Pode ser citado, no contexto do controle difuso, o exemplo do questionamento do regime integralmente fechado de cumprimento de pena para os crimes hediondos, previsto no artigo 2º, §1º da Lei nº

8.072/90, na redação anterior à Lei nº 11.464/2007, vide a discussão travada no STF no julgamento do HC 82.959/SP.³⁸

Entretanto, mister reconhecer que sua aplicação no processo penal ainda se encontra incipiente e seu procedimento deve ser totalmente remetido ao CPC, enquanto não houver previsão específica, apesar desta pesquisa defender sua aplicação no processo penal com vistas à resolução de matéria de direito, ressaltando apenas a necessidade de cautela quanto a suspensão de processos idênticos quando houver réu preso.

Nessa ordem de pensar, Danyelle Galvão leciona:

O incidente é, portanto, um meio legítimo de discussão de questões jurídicas e fixação de precedentes qualificados judiciais para utilização em casos futuros ou que já tramitam. A restrição de discussão apenas no âmbito jurídico é inerente ao conceito de precedente e de *ratio decidendi*, [...] tal restrição, todavia, não afasta a necessidade e pertinência de análise e consideração da hipótese fática dos casos, para fixação do precedente e posterior aplicação [...]. É bem verdade que o processo penal nunca se preocupou, pelo menos para estabelecer disciplina legal, com a litigiosidade repetitiva, pois sempre se pensou no caso penal individualmente. O aumento do número de casos sobre as mesmas questões jurídicas perante tribunais e a busca da estabilidade da jurisprudência e tratamento igualitário aos jurisdicionados, no entanto, impõem o uso de mecanismos para formação de precedentes qualificados judiciais nesta matéria (GALVÃO, 2022, p. 148).

Com tais características, aceitar e transpor sua disciplina para o processo penal apesar do desconhecimento e resistência de alguns, não desautoriza a solução que parte da doutrina defende a partir da aplicação do artigo 3º do CPP, se considerar necessário para efetivar valores como a duração razoável do processo e a eficiência, uma vez que com a fixação da tese jurídica e aplicação a diversos outros casos idênticos em julgamento e futuros, evita-se que as mesmas questões sejam individualmente discutidas em inúmeros recursos perante os Tribunais.

Em artigo doutrinário sobre o tema Anderson de Paiva Gabriel e Felipe Carvalho Gonçalves da Silva (2020, p. 401-426) postulam que o IRDR não se dirige tão somente às pretensões isomórficas (aquelas que possuem elementos de fato e de direito de natureza comuns), considerando que as questões de direito podem exsurgir de causas que não dependem exclusivamente de uma estrita identidade ou semelhanças das causas de pedir e do

³⁸ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

pedido. Como exemplo, ao fazer comentários à SV 24 do STF no capítulo 3 desta pesquisa o leitor perceberá que ela se aplica a vários tipos penais como os crimes do artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A, do CP. Portanto, crimes que possuem contextos fáticos diversos não excluem a aplicação da mesma *ratio decidendi* de um precedente qualificado.

Cumprе destacar com Galvão (2022, p. 150) que não existe uma correspondência do instituto, no âmbito criminal, em outros países (como Itália, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, França, Chile, Argentina), nada obstante cita apenas a possibilidade de julgamento de vários casos, de uma só vez, na Colômbia, conforme previsão do artigo 186, do Código de Processo Penal daquele país. No caso, explica que não se trata de um incidente, como previsto aqui no Brasil, ou caso de recurso repetitivo ou procedimento diferenciado, mas de acumulação de vários casos para decisão conjunta, semelhante ao julgamento em lista como ocorre na prática de nossos Tribunais.

Sobre a admissibilidade do IRDR, os TRF's da 3ª e 4ª Região já decidiram por sua inadmissibilidade no âmbito criminal por entenderem que na seara criminal sempre há discussão sobre questões fáticas e não exclusivamente de direito. No TRF 3, o IRDR nº 0016124-77.2016.4.03.0000/SP, da Relatoria do Desembargador Maurício Kato, restou consignado que o incidente não é compatível com os processos criminais a medida que importaria na suspensão dos processos sem implicar suspensão dos prazos prescricionais. Evidentemente, tal qual ocorre com os recursos repetitivos, a suspensão de outros processos em que se discute matéria idêntica de direito não é obrigatória, vide o que determina o artigo 1.035, §5º, do CPC, conforme restou decidido na QO do RE 966.177 RG/RS,³⁹ da Relatoria do Ministro Luiz Fux.

³⁹ EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIAS DE ESTABELECER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIAS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIAS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE. 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos

No caso do TRF 4, conforme menciona Kircher (2018, p. 171), tratou-se do IRDR nº 5046424-07.2016.4.04.0000, que entendeu ser inadmissível o incidente porque no processo criminal não se debateriam questões unicamente de direito, mas fundamentalmente questões de fato e que no IRDR existe previsão de suspensão dos processos pendentes ao passo que inexistia suspensão do prazo prescricional.

Nesse ponto, Danyelle Galvão discorda do posicionamento dos tribunais regionais federais citados por Luís Felipe Schneider Kircher e assevera que (i) todo processo penal, salvo discussão em controle abstrato de constitucionalidade, existirá referência aos fatos narrados na denúncia. E mesmo na fase de execução penal, quando não mais se atrela à discussão de fato delituoso, mas busca pelo cumprimento de pena concretizada, existirá discussão fática. (ii) existem inúmeras discussões jurídicas penais e processuais penais que podem ser discutidas abstratamente, sem necessidade de exame de fatos ou valoração da prova, como comprovam similarmente os casos que tramitam em Tribunais Superiores em RE e REsp. (GALVÃO, 2022, p. 151).

Na pesquisa empreendida no site do TRF 1, não foram encontrados registros de IRDR em matéria criminal, aceitos ou julgados, que tenha registro pelo NUGEP do tribunal, apesar de, como abaixo será visto, existir previsão em seu regimento interno. Como experiências pela aceitação do incidente, encontra-se em Lima (2020, p. 101 e 460)

penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. 8. A interpretação conforme a Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (RE 966177 RG-QO, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019).

informação de que o STM aceitou e julgou seu primeiro IRDR (Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000, Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, j. 22/08/2019, DJ 05/09/2019).

Finalmente, tanto em Kircher (2018, p. 172), quanto em Galvão (2022, p. 148-150), foram citados exemplos de IRDR criminais aceitos e julgados pelo TJAC (IRDR nº 1000892-29.2016.8.01.0000), TJSP (IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000) e TJPR (IRDR nº 0039706-76.2017.8.16.0000), remetendo aos autores citados às breves considerações feitas sobre esses julgados.

Quanto ao IRDR admitido pelo TJPR, que se referia à discussão da data-base para progressão de regime em caso de superveniência de nova condenação no curso da execução, este foi julgado prejudicado, uma vez que o STJ afetou recurso especial⁴⁰ gerando o Tema 1006, julgado em 18/12/2018, sendo fixada a seguinte tese: *“A unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios”*.

Como o direito penal e o direito processual penal são ramos do direito cuja competência legislativa compete à União, de acordo com o artigo 22, inciso I, da CRFB/88, questiona-se se o IRDR seria uma técnica limitada para fins de produção concentrada de precedentes qualificados. Como os entes subnacionais não podem legislar criando tipos penais, estabelecendo penas, dentre outras matérias, restaria admitir que a instauração do IRDR pelas cortes de justiça teria uma eficácia limitada, sendo evidente que havendo dispersão de atividade jurisprudencial repetida nas cortes de justiça (TJ's e TRF's), não seria

⁴⁰ RECURSO ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO A QUO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. 2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução. 3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem. 4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios. (ProAfr no REsp 1753512/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 18/12/2018, DJe 11/03/2019).

justificado aplicar o IRDR no âmbito desses ramos do direito. De acordo com Kircher (2018, p. 170), em caso de discordância de entendimentos pelas cortes de justiça prevalecerá o entendimento fixado pelas cortes supremas (STF e STJ), verdadeiras cortes de interpretação. Por esse motivo, o artigo 976, §4º, do CPC não admite a instauração de IRDR no caso da questão jurídica ser objeto de recurso repetitivo.

Importante ainda definir a natureza jurídica do IRDR diante de sua inserção no microsistema de demandas repetitivas e seu caráter de precedente qualificado no CPC, para saber se o julgamento compreenderá o mérito da causa que levou à sua instauração ou apenas fixar a tese jurídica, existindo basicamente dois posicionamentos, os quais, segundo Sofia centram-se na concepção de causa-piloto, ao apontar que o incidente tem por finalidade o julgamento do caso concreto porque tem o objetivo de dirimir a questão de direito, a caracterizar unidade cognitiva e decisória (CÂMARA, 2015, p. 479).

O segundo, prossegue, apenas se destina a fixar a tese jurídica, sem adentrar na análise do conflito subjetivo que subjaz ao pedido de sua instauração, ou seja, parte da ideia de causa cognitiva objetivando apenas fixar a tese em abstrato, sem aplicá-la direta ao caso concreto, com nítida feição objetiva, inspira-se no chamado procedimento-modelo. Essa corrente é a defendida por Mendes (2017, p. 226), Temer (2020, p. 71) e Mancuso (2019, p. 104).

Por fim, cumpre lembrar um terceiro entendimento, híbrido ou misto, no sentido de que o incidente se aproxima do modelo de julgamento de causa-piloto, que exige julgamento pendente no Tribunal para sua instauração e julgamento e, simultaneamente, do procedimento-modelo em razão do desmembramento no julgamento do incidente e da causa-pendente, entendimento que é sufragado por Cavalcanti (2016, p. 227-229) e Dantas (2015, p. 2179-2185).

Nesse ponto, para os fins desta pesquisa, entende-se correto o posicionamento segundo o qual o IRDR resolverá apenas a questão de direito, fixando a tese jurídica que posteriormente será aplicada tanto nos casos que serviram de base para instaurá-lo, quanto nos demais casos pendentes e futuros, tal qual defendida por Mendes (2017) e Mancuso (2019).

Com relação à instauração do incidente, tem-se os seguintes requisitos simultâneos, de acordo com o disposto no artigo 976, do CPC, (i) repetição efetiva de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito⁴¹ e na

⁴¹ FPPC. Enunciado 87. A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica

(ii) existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Mattos (2015, p. 167) sustenta que a regra não estabeleceu um número mínimo de processos repetitivos sobre a mesma controvérsia jurídica para que seja satisfeito o primeiro dos requisitos.

Importante consignar, em relação ao segundo requisito, lição no sentido de que o legislador exige um risco concreto de lesão à isonomia e segurança jurídica, uma vez que a mera existência de vários processos configura risco eventual, de modo que a controvérsia entre as partes não basta, uma vez que a norma exige controvérsia que comprometa, de fato, a isonomia e a segurança jurídica diante de decisões contraditórias de diversos órgãos do Poder Judiciário.

Para contextualizar, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes lembra, como exemplo, da hipótese em que alguns juízes concedem e outros negam pedido de tutela de urgência, ou julgam procedente, enquanto outros improcedentes pedidos com base na mesma questão de direito (MENDES, 2017, p. 113).

Em derredor, com esteio no §4º do artigo 976, do CPC, pode ser citada a existência de um requisito negativo para a instauração do incidente, consubstanciado na inexistência de afetação de recurso repetitivo pelos Tribunais Superiores, conforme a competência, para definir tese sobre a mesma questão de direito.

De acordo com Mendes e Temer (2016, p. 1274) a *ratio* dessa norma visa evitar a instauração desnecessária do IRDR em razão da superioridade hierárquica das decisões das cortes de vértice, que agem como verdadeiros tribunais de interpretação, e também porque o IRDR compõe um microssistema de resolução de causas repetitivas (à propósito citam o artigo 928, do CPC), o que levaria a concluir que a norma contribui para a coerência do sistema e economia processual.⁴²

Os legitimados para requerer a instauração do IRDR estão elencados nos incisos do artigo 977, do CPC, cabendo esse mister ao juiz ou relator, por meio de ofício; às partes, ao Ministério Público ou a Defensoria Pública, estes por petição, em qualquer dos casos, mediante pedido que será dirigido ao Presidente do Tribunal. Os pedidos deverão ser instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos requisitos de instauração.

Mendes (2017, p. 127), neste ponto, revela preocupação de parte da doutrina quando o IRDR for provocado por órgão judicial diante da existência de processos paralelos,

⁴² FPPC. Enunciado 345. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

com interessados que não provocaram o incidente. Esclarece que se o IRDR pode ser provocado, instaurado e julgado sem que haja interferência direta da maioria dos eventuais interessados na fixação da tese em face da questão a ser dirimida deste modo não haveria falar em ausência de representatividade adequada ou outros requisitos típicos da tutela coletiva porque nunca se exigiu nos precedentes qualificados essa característica que se revelará no futuro e não previamente.

Ademais, como ensina Mendes (2017, p. 130) compreende-se que o CPC estabeleceu os legitimados e que caberia uma intervenção obrigatória do Ministério Público com possibilidade de participação de interessados, todos como intervenientes aptos, para influir na formação da tese jurídica. De maneira diversa das ações coletivas, a tese servirá para julgamento concentrado, uma vez que o IRDR se trata de procedimento que têm como base processos individuais paralelos e vinculados a questões comuns.

Quanto a competência. Via de regra, a competência para apreciação e julgamento será dos Tribunais de segundo grau de jurisdição. Nessa ordem, para fins meramente exemplificativos, no caso do Tribunal de Justiça do Maranhão – TJMA a competência para admissão e julgamento compete ao Plenário do Tribunal, de acordo com os artigos 468 e 472, do seu Regimento Interno.

No caso do TRF 1ª, que jurisdiciona a maior parcela dos Estados da Federação, dentre eles o Maranhão, a competência para admissão e julgamento será da Corte Especial, quando a matéria envolver arguição de inconstitucionalidade ou envolver competência de mais de uma Seção Especializada, ou das Seções Especializadas do Tribunal, quando a discussão versar sobre matéria restrita à sua competência, de acordo com os artigos 357 e 359, do Regimento Interno.

Esses órgãos colegiados, como visto da regra codificada, serão competentes para admitir e julgar o IRDR e, com o estabelecimento da tese jurídica, devem proceder ao julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária que originou o incidente.

Com efeito, o Ministro Humberto Martins mencionou a discussão sobre a possibilidade de instauração direta do IRDR no STJ nas hipóteses de sua competência recursal ordinária (artigo 105, II, da CRFB) e na competência originária (artigo 105, I, da CRFB), asseverando que, na prática judiciária, essas competências atraem situações análogas às existentes nas instâncias de segundo grau para instaurar o incidente.

Sustentou o Ministro Humberto Martins que não seria lógico imaginar que o CPC vedasse peremptoriamente o uso do IRDR no STJ, nem que esse microsistema tivesse

autorizado esse órgão de utilizar o mecanismo de tratamento de demandas repetitivas somente quando ascenderem ao Tribunal dentro das regras tradicionais de competência recursal, privando-o, entretanto, de procedimento análogo quando atuar na competência originária ou recursal ordinária (Martins, 2020, p. 40). Nesse sentido, apontou decisão da Corte Especial do STJ no AgInt na Pet. 11.838/MS, da Relatoria da Ministra Laurita Vaz, sendo designado Relator para o Acórdão o eminente Ministro João Otávio de Noronha.

Nessa decisão restou consignado que o novo CPC instituiu um microssistema para julgamento de demandas repetitivas, incluindo entre suas novidades, o incidente que, em regra, compete as cortes de justiça, com a finalidade de conferir tratamento isonômico às questões comuns, bem como emprestar estabilidade à jurisprudência, efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

Inspirado pelo princípio democrático, o artigo 979, do CPC determinou que a instauração e julgamento do IRDR sucedem da mais ampla e específica divulgação e publicidade por intermédio de um registro eletrônico centralizado no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De outro lado, os Tribunais deverão manter banco de dados eletrônico atualizados sobre informações específicas sobre questões de direito que foram objeto de IRDR, devendo ainda comunicar ao CNJ para fins de incluir no cadastro precitado. A identificação dos processos abrangidos pelo incidente dar-se-á, a partir do registro eletrônico no banco de dados, com a delimitação dos fundamentos determinantes da decisão e dos dispositivos normativos que se relacionam ao caso controvertido.

O juízo de admissão, de acordo com o artigo 981, do CPC, após distribuição do incidente, será feito pelo órgão colegiado competente, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, considerará os pressupostos mencionados do artigo 976, do CPC. Caso não seja admitido, por ausência de seus pressupostos, em decisão irrecorrível, não ocorrerá impedimento para nova possibilidade de suscitação, desde que satisfeitos os pressupostos, conforme previsto no §3º, do artigo 976, do CPC.

Na hipótese de admissão do processamento o Relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região ou no Estado, conforme o caso; poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramita processo na qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias e intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se sobre o incidente no mesmo prazo.

A suspensão dos processos pendentes deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes e eventuais pedidos de tutela de urgência deverão ser dirigidos ao

juízo onde tramita o processo suspenso. A suspensão cessará quando o incidente for julgado e quando for interposto recurso especial ou extraordinário contra essa decisão.

Com o objetivo de emprestar maior segurança jurídica, os legitimados poderão requerer ainda ao STF ou ao STJ, a suspensão de todos os processos (individuais ou coletivos), em curso no território nacional, que versem sobre a questão objeto do incidente instaurado. Eventual desistência ou abandono do processo, depois de instaurado o IRDR, não prejudicará o exame de seu mérito, devendo o Ministério Público assumir a titularidade nessa hipótese.

Ainda como forma de dar maior amplitude ao incidente, o Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades que porventura tenham interesse na controvérsia, no prazo de 15 (quinze) dias, oportunidade que poderão requerer a juntada de documentos e pedir diligências necessárias para esclarecer a questão de direito controvertida. Na sequência, promover-se-á a oitiva do Ministério Público, no mesmo prazo, sendo que este, se não for o requerente / suscitante, intervirá obrigatoriamente no IRDR.

A instrução do IRDR poderá envolver a necessidade de audiência pública de modo que sejam ouvidas pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Concluídas as oitivas e diligências, o Relator pedirá dia para o julgamento do incidente. O julgamento será no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados habeas corpus e os que envolvam preso, conforme dispõe o artigo 980, do CPC.

3.4 O Incidente de assunção de competência

No campo do direito processual civil, em conjunto com o IRDR, o incidente de assunção de competência – IAC sobressai-se como novo instrumento concentrado de formação de precedentes qualificados vinculantes, previsto no artigo 947, do CPC, cuja inobservância também enseja o cabimento de reclamação (cf. artigo 988, inciso IV, do CPC).

De acordo com Freire e Schmitz (2016, p. 1225) tem por finalidade prevenir controvérsia sobre determinada matéria ao conferir ao Tribunal, de forma ampla, o poder de orientar a interpretação de determinados textos normativos, objetivando emprestar racionalidade no julgamento de demanda que não representa multiplicidade, sendo essa a característica que o afasta do IRDR.

À propósito de uma aproximação conceitual, trata-se de incidente aceito somente no âmbito dos tribunais, inclusive no STF (competência do Pleno, cf. RISTF, artigo 6º, inciso II, b, nas hipóteses do artigos 11 e 343, do RISTF) e no STJ (RISTJ, artigo 14, inciso III), que

dependerá da existência da tramitação de um processo, geralmente um recurso, remessa necessária ou ação originária, no tribunal em que será instaurado, pressupondo ainda que a questão de direito discutida seja relevante e tenha grande repercussão social a merecer análise mais cuidadosa e estabilidade jurídica.

Sobre o cabimento do incidente no STJ, à propósito, o Ministro Antonio Saldanha Palheiro acenou por sua admissão no julgamento do IAC no RHC 75.768/RN⁴³, apenas ressaltando que o IAC deve ser suscitando antes do julgamento do recurso mercê da sua natureza preventiva (PALHEIRO, 2020, pp. 111-116). Nesse sentido, segundo Danyelle Galvão:

Com a admissão do incidente, há assunção de competência para julgamento da questão para um órgão com colegiado maior, dentro do mesmo Tribunal, especificado pelo Regimento Interno. Isto é, há uma “elevação” ou “ato de assumir”, no sentido de deslocamento de competência, justamente para garantir que uma questão relevante seja discutida e decidida com mais profundidade e cautela por órgão julgador com composição maior (GALVÃO, 2022, p. 177).

De acordo com a doutrina o IAC substituiu, com alterações pontuais, o antigo incidente de uniformização de jurisprudência previsto no artigo 476, do CPC/73 e o disposto no artigo 555, §1º, do CPC/73, na redação que dada pela Lei nº 10.335/2001. Segundo leciona Kircher (2018, p. 174) a competência para julgamento será de um órgão mais representativo do tribunal, o que, tomando por exemplo o STJ, segundo o artigo 271-G do RISTJ poderá ser o órgão especial ou seção do tribunal. Nas causas criminais, a competência será da 3ª Sessão, conforme dispõe os artigos 2º, §4º, c/c 12, inciso IX, do RISTJ, uma vez que abrange a 5ª e 6ª Turmas do tribunal, especializadas em matéria criminal.

⁴³ INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO (SUPLETIVA) DO PRECEITO INSERTO NO ART. 947 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MOMENTO PARA SUSCITAR O INCIDENTE. APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. 1. Consoante o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, a norma constante do art. 947 do Código de Processo Civil tem aplicabilidade aos processos criminais. Nesse sentido é o recente enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, cujo verbete dispõe que "As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei". 2. Sob pena de subverter a própria *ratio* do instituto - até mesmo para que não haja um rejuízo da causa, a pretexto de uma uniformização do entendimento jurisprudencial, máxime em se tratando de processos de feição criminal, como no caso vertente -, o incidente deve ser suscitado antes do julgamento do recurso. 3. Na linha dos precedentes qualificados desta Corte, *mutatis mutandis*, "O incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 476 do Código de Processo Civil e nos artigos 118 e seguintes do RISTJ, possui natureza preventiva de dissenso jurisprudencial, não sendo admitido como forma de irresignação recursal. Ademais, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, em momento anterior ao julgamento do recurso, cujo processamento constitui faculdade do relator, não sendo possível a sua arguição em sede de agravo regimental" (AgRg no HC n. 275.416/SP, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 1º/7/2014.) 4. Pedido indeferido. (IAC no RHC 75.768/RN, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018).

Sinteticamente, o cabimento do IAC, de acordo com o artigo 947, do CPC, ocorre quando existir um recurso, remessa necessária ou processo de competência originária em trâmite no Tribunal; e neste houver relevante questão jurídica com repercussão social a dirimir e inexistir múltiplos processos sobre o tema.

No contexto desta pesquisa, a grande indagação consiste em saber da possibilidade do IAC no âmbito criminal porque segundo a doutrina:

Tal como ocorre com o IRDR, o IAC pode ser utilizado no âmbito do criminal. Primeiro, porque inúmeras questões relevantes e de interesse social permeiam o direito penal e processual penal. Depois, porque como ocorre no processo civil, a divergência jurisprudencial, especialmente dentro de um mesmo Tribunal, é maléfica à devida prestação jurisdicional e à manutenção da segurança jurídica e confiança dos jurisdicionados. E com a instauração e posterior julgamento do IAC, questões importantes, não objeto de múltiplos processos, serão resolvidos e o entendimento vinculará os órgãos subordinados, evitando-se justamente que haja disparidade de tratamento de situações análogas.

Por fim justifica-se o uso do IAC no processo penal por força do art. 3º do CPP, pois inexistente instituto semelhante nesta seara e ausente qualquer previsão sobre o tema no Código de Processo Penal (GALVÃO, 2022, p. 179).

Defendem também a utilização do IAC no processo penal Kircher (2018, p. 176) e Pinto e Silveiras (2016, p. 63-64), ao argumento de que o que ocorre é um deslocamento de competência para deliberação de uma questão relevante para um órgão do tribunal diverso (com composição mais ampla) em razão justamente da sua importância social. Na lição de Kircher:

Somado a isso, tendo em vista a pertinência com a temática tratada, é preciso lembrar que o CPC de 2015 incluiu uma nova hipótese de embargos de declaração para o caso de omissão na decisão acerca da aplicabilidade de tese já firmada em julgamento de casos repetitivos (IRDR ou RE ou REsp repetitivos) ou em incidente de assunção de competência (artigo 1.022, I do CPC). Essa disposição, da mesma forma, deve ser adotada no processo penal brasileiro (KIRCHER, 2018, p. 177).

Os legitimados para suscitá-lo são o relator do recurso, da remessa necessária ou do processo originário no tribunal, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Cumpre consignar que, no processo penal, as partes, via de regra, são o Ministério Público – nas ações penais públicas –, e o acusado. Se se tratar de ação penal privada, o querelante (ofendido ou o seu representante legal). Caso o acusado (inclusive o querelado, nas ações penais privadas) esteja assistido pela Defensoria Pública, com maior razão, esta instituição terá legitimidade para suscitar o incidente, pois atuará em nome do acusado.

Não deve ser olvidado que o Ministério Público durante a tramitação do IAC atua também como fiscal da ordem jurídica, especialmente nos casos de ação penal privada, não havendo desequilíbrio de paridade de armas no âmbito do tribunal. Importante apontar que nos §§1º e 2º, do artigo 271-B do RISTJ, existe previsão no sentido de que caso haja

desistência ou abandono, não haverá impedimento para o exame do mérito do incidente e, nesses casos, o Ministério Público, se não for o requerente, intervirá obrigatoriamente no processo e assumirá sua titularidade.

Nesta importante questão, percebe-se que a desistência do recurso ensejará diferentes reflexos, uma vez que existe diferença entre o IRDR e IAC. No caso do IRDR, escolhe-se outra causa-piloto para julgamento, sem prejuízo da continuidade do incidente e fixação da tese. No IAC, a desistência do caso acarretará o arquivamento do incidente porque a existência de processo em tramitação no tribunal, como acima visto, é um pressuposto de desenvolvimento do incidente (GALVÃO, 2022, p, 191), desde que não exista mais de um processo em tramitação e apensado ao primeiro para continuidade do julgamento da questão de direito pelo tribunal. Em sentido contrário, como acima visto, está o RISTJ que no artigo 271-B, §2º, dispõe que, em caso de desistência ou abandono, não haverá impedimento para examinar o mérito do incidente, devendo o MP assumir sua titularidade.

Quanto ao assistente da acusação, figura própria do processo penal, à vista do disposto no artigo 271, do CPP, acena-se pela possibilidade deste propor o incidente, uma vez que entre seus poderes encontra-se o de interpor recursos. Ora, se o recurso que se encontra no tribunal tiver sido interposto por ele, não se vislumbram razões para impedi-lo de propor o IAC, visando obter interpretação que favoreça sua pretensão recursal no mesmo tribunal.

Nesse ponto, em particular, não foi observado posicionamento doutrinário conclusivo entre os autores pesquisados, sendo uma contribuição desta pesquisa ao campo da ciência processual penal.

Cumprir dar destaque à possibilidade de fungibilidade entre o IRDR e o IAC, situação enfrentada na processualística civil por Mendes e Porto (2020, p. 72-75), sendo aplicável ao processo penal.

Asseveram os autores que a fungibilidade entre os incidentes, na prática, a depender da matéria, pode ser tornar complexa porque algumas situações inicialmente podem ser não repetitivas e, posteriormente ao juízo de admissibilidade, se tornar replicadas em outros processos ou recursos no tribunal (MENDES; PORTO, 2020, p. 72).

Ressaltam que o princípio da congruência e a inércia jurisdicional não seriam objeções oponíveis à fungibilidade. Esta porque se aplica em momentos pontuais do processo, geralmente no início e no cumprimento de sentença e aquela em razão do fato de existir legitimidade de instauração de ofícios de ambos os incidentes pelo relator no tribunal. Por outro lado, a ausência de previsão legal também não se constitui empecilho autorizativo (MENDES; PORTO, 2020, p. 73).

Outro argumento tributário da fungibilidade é que se estaria diante de uma fungibilidade de mão dupla semelhante àquela prevista entre o RE e o REsp, então prevista no artigo 1.032, do CPC, pois tanto um IAC pode ser admitido como IRDR ou recurso repetitivo como o oposto (MENDES; PORTO, 2020, p. 73).

De acordo com os autores, a responsabilidade para verificar a fungibilidade seria do órgão do tribunal competente para o exame de admissibilidade do incidente caso perceba a presença dos requisitos do IRDR, pode:

- i) conhecer da proposição como se fosse um IRDR ou recurso repetitivo, se tiver competência, pelo regimento interno, também para seu julgamento;
- ii) não admitir o incidente preventivo e propor, de ofício, a instauração do incidente relativo a casos repetitivos, ao presidente da Corte, se não tiver competência para seu julgamento (MENDES; PORTO, 2020, p. 74).

No sentido inverso, apesar de ser aplicável a mesma lógica, apontam apenas o problema da inconstitucionalidade formal e material do parágrafo único do artigo 978, do CPC, porque no IRDR se desloca somente o julgamento do incidente ao passo que no IAC existe um deslocamento para órgão de composição ampliada para julgamento do incidente e do processo (recurso, ação originária ou remessa necessária), sendo uma situação de julgamento em abstrato do IAC caso ocorra a fungibilidade.

O processamento do IAC no tribunal inicia com o exame de admissibilidade do incidente em dois momentos distintos, um pelo relator e outro, posteriormente, pelo órgão colegiado (MENDES; PORTO, 2020, p. 81-84). O CPC determina ainda que seja promovida ampla divulgação da instauração do IAC pelo Tribunal e pelo CNJ em sítios eletrônicos, com fornecimentos dos dados pertinentes à edição do precedente qualificado como o número dos autos, as partes e a questão jurídica discutida (cf. artigo 927, §5º, do CPC).

Tema que levanta discussão mais acirrada no IRDR aqui não se reproduz, referente à suspensão dos processos. Para Galvão (2022, p. 186), a suspensão de outros processos, na verdade, não suscita muita relevância, porque o IAC não pressupõe a multiplicidade de processos. Com efeito, se houver mais de um processo em trâmite com discussão idêntica, a solução adequada seria o apensamento para julgamento conjunto dos casos, ampliando-se a discussão da questão. Sustenta Galvão (2022, p. 186) que inexiste razão para que um pequeno número de processos justifique a suspensão para discussão isolada de um único caso concreto.

Uma aplicação válida para o IAC que diz respeito aos apontamentos feitos ao IRDR é quanto a ampliação do contraditório, a necessidade de debate e de motivação qualificada no julgamento, além da publicidade dos dados, autos e acórdão, uma equiparação

feita pelo legislador ao ombrear os dois incidentes no mesmo artigo 927, inciso III do CPC (GALVÃO, 2022, p. 187).

Por outro lado, inexistente previsão legal para participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas, o que ensejou críticas de Galvão (2022, p. 187) que entende que se trata de medida pertinente. A razão do apontamento é porque o incidente em questão visa ampliar o debate da questão discutida mediante apresentação de argumentos jurídicos variados que irão justificar a formação do precedente obrigatório. Desse modo, admitir terceiros seria menos problemático do que no IRDR (fundado na multiplicidade de casos), e certamente a participação seria menos abrangente, posicionamento que é o correto.

Desse modo, a existência de debates, a inclusão em pauta de julgamento, a sustentação oral e debates entre os julgadores sobre o caso que ensejou o IAC são providencias salutares e previstas, por exemplo, no RISTJ. Reconhecida a repercussão social da matéria jurídica posta, o colegiado julga o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal, significa dizer, segundo Neves (2019, p. 1434), que não haverá propriamente um julgamento do mérito desse incidente, que uma vez admitido terá exaurido sua função.

Galvão (2022, p. 189) entende que diferente do IRDR, em que haverá um duplo julgamento, no IAC o seu julgamento da causa que ensejou a sua instauração importará no julgamento do próprio incidente. Trata-se de precedente qualificado que será utilizado como causa-modelo (artigo 947, §3º, do CPC), que vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal, exceto se houver revisão da tese. No RISTJ, o artigo 104-A, inciso III, prevê que o acórdão contenha os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, com os argumentos favoráveis e contrários à conclusão do colegiado, além da definição da tese firmada com destaque. E no artigo 121-A, §1º, encontra-se previsão de divulgação dos precedentes qualificados na internet, de forma sistematizada com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases do procedimento.

Quanto ao cabimento de recursos, de acordo com Galvão (2022, p. 190), o cabimento depende do órgão que julgou o incidente. Se for o STF, cabível somente embargos de declaração. Se for Tribunais Superiores (STJ; STM, TSE), cabível o RE e a oposição de ED's, desde que preenchidos os requisitos legais de admissibilidade. Se for TJ's ou TRF's, além destes, caberá REsp e a oposição de embargos infringentes, estes na hipótese de decisão não unânime contra o acusado.

Por fim, quanto a aplicação da técnica da superação (*overruling*), de acordo com a doutrina e da lacônica previsão do artigo 947, §3º, do CPC, mostra-se possível a revisão da

tese fixada, desde que seja feita em um novo IAC proposto e julgado pelo mesmo tribunal ou, em grau de recurso, por tribunal superior. Justificar-se-ia a alteração da tese, em princípio, a partir da ocorrência de substanciais alterações de ordem econômica, política e social sobre a matéria ou se houver revogação ou modificação da norma interpretada que ensejou o incidente. Neste caso, é plenamente possível a modulação dos efeitos de modo a evitar o descrédito do Poder Judiciário (GALVÃO, 2022, p. 190-191; MENDES; PORTO, 2020, p. 145-148).

3.5 Recurso especial e extraordinário repetitivos

Os dois recursos excepcionais processados sob o regime dos recursos repetitivos estão previstos como precedentes qualificados no inciso III do artigo 927, inciso III, do CPC e regulamentados nos artigos 1.036 a 1.041, do código Fux, sem olvidar que a previsão de ambos deita raízes no texto magno nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, respectivamente.

Cabe ressaltar que a sistemática de seleção e julgamento dos recursos repetitivos não encontra previsão no texto constitucional, que inicialmente restrito ao REsp teve origem na Lei nº 11.672/2008, que acrescentou os artigos 543-C no CPC/73, seguido de regulamentação no âmbito do STJ pela Resolução nº 8/2008, do STJ. O recurso extraordinário sob o regime dos repetitivos, juntamente com o recurso especial, passaram a constituir precedente qualificado somente com a edição do novo CPC.

No processo penal, não existe detalhamento sobre o processamento dos recursos excepcionais, uma vez que o vestuto estatuto processual penal no artigo 638, na redação atual dada pela Lei nº 13.964/2019, remeteu a disciplina de ambos à legislação especial, à lei processual civil e aos respectivos regimentos internos das cortes supremas. Dessa maneira, a doutrina se posiciona de maneira unânime pela aplicação das normas processuais civis que regulamentam essa matéria para o processo penal (cf. artigo 3º, do CPP).

Neste ponto da pesquisa não há pretensão de fazer uma minuciosa análise das espécies recursais indicadas, seus conceitos, tampouco o histórico no direito brasileiro, regime jurídico, ou uma extensa análise dos requisitos de admissibilidade, restando importante salientar somente as questões que os caracterizam como precedentes qualificados obrigatórios e por existir um bom número de trabalhos científicos publicados a respeito⁴⁴.

⁴⁴ Por exemplo podem ser citados: Badaró (2017); Alvim e Dantas (2019); Didier Jr e Cunha (2020); Medina (2016); Neves (2016); Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016).

Inicialmente cumpre enfrentar o problema da repercussão geral em matéria penal, assunto que já foi objeto de julgamento específico pelo Plenário do STF. Antes é necessário fazer algumas considerações sobre a repercussão geral que, como sabido, consiste em um filtro para análise do recurso extraordinário pelo STF que, pela técnica processual, constitui requisito de admissibilidade deste, cuja previsão constitucional repousa no §3º do artigo 102, da CRFB, com redação da EC nº 45/2004 e está atualmente regulamentado no artigo 1.035, do CPC.

Criado pela EC nº 45/2004, o requisito da repercussão geral chegou ao texto processual civil por meio da Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC/73, e no seu artigo 3º, disse que caberá ao STF dispor no seu regimento interno sobre as normas necessárias ao procedimento de análise da repercussão geral. No RISTF o assunto restou tratado nos artigos 322, e seguintes.

Na previsão atual, o recorrente deverá demonstrar nas razões recursais que a questão constitucional questionada está revestida de repercussão geral⁴⁵. Antes tinha que fazê-lo em preliminar da peça recursal. De acordo com o §1º, do artigo 1.035, do CPC, para essa finalidade será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Trata-se do que a doutrina cunhou de *transcendência* da questão constitucional (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 1378).

A apreciação da questão referente à repercussão geral é da competência exclusiva do Pleno do STF, por decisão de, pelo menos, oito dos onze ministros, sendo esta decisão irrecorrível. Atualmente, por força de alteração promovida no artigo 323-A, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 42/2010, a questão é resolvida no Plenário Virtual, que consiste no uso de recurso tecnológico para promover a colheita dos votos do Ministros em ambiente virtual, o que tem gerado muitas críticas ao modelo deliberativo.

Haverá presunção de repercussão geral, diz o §3º do artigo 1.035, do CPC, sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; e tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do artigo 97, da CRFB, bem como nos casos submetidos ao IRDR (artigo 987, §1º, do CPC).

Em importante julgamento realizado pelo Plenário, o tribunal posicionou-se no sentido de que, em causas criminais, não há que se falar em imanente repercussão geral de

⁴⁵ Em sentido contrário dispõe o Enunciado 224, do FPPC. A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico.

todo e qualquer recurso extraordinário criminal apenas porque estaria em jogo, via de regra, a liberdade de locomoção (cf. STF, QO no AI 664.567/RS, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.06.2007, v.u.) (BADARÓ, 2017, p. 383).

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence apresentou justificativa no sentido de que no RE busca-se preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que reforça a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC/1973, artigo 543-A, §1º, incluído pela Lei nº 11.418/2006, aplicável àquela quadra considerando a data do julgamento). Por outro lado, acrescentou que para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, haveria sempre à disposição dos acusados a garantia constitucional do *habeas corpus* (artigo 5º, inciso LXVIII, da CRFB). Neste ponto, verifica-se que no STF seguiram-se inúmeras decisões posteriores no mesmo sentido, por exemplo no recente ARE 1226881 AgR.⁴⁶

Importante mencionar que inexistente previsão constitucional da sistemática dos repetitivos, o que provocou a doutrina indagar se existe inconstitucionalidade. Para parte da doutrina, como a sistemática dos repetitivos pode ser encarada como uma decorrência do modelo constitucional de processo em que as garantias do devido processo legal são seguidas, não ocorreria o vício de inconstitucionalidade ora suscitado, sendo prescindível a expressa previsão constitucional (GALVÃO, 2022, p. 194).

Dessa maneira, de acordo com a sistematização promovida pelo CPC, o recurso repetitivo terá espaço nas hipóteses em que houver multiplicidade de recursos com fundamentos em idêntica questão de direito, conforme previsão do artigo 1.036, do CPC, que disciplina a matéria, devendo haver afetação para julgamento nessa forma.

⁴⁶ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 102, 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 1.035, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DE MATÉRIA CRIMINAL. PRECEDENTES QUALIFICADOS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. DURANTE O PERÍODO DE PROVA DO SURSIS NÃO CORRE PRAZO DE PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal e do art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil, o recorrente, na petição do recurso extraordinário, deverá demonstrar a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, sob pena de inadmissão do RE. II – A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, mesmo estando em jogo a liberdade do cidadão, não há falar em repercussão geral presumida de todo recurso extraordinário em matéria criminal. Precedentes qualificados. III – O entendimento desta Corte é no sentido de que durante o período de prova do sursis não corre a prescrição, tendo em vista que, apesar de o Código Penal não considerar de forma explícita, a suspensão condicional da pena é uma causa impeditiva da prescrição, de acordo com a lógica do sistema vigente. Precedentes qualificados. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1226881 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019).

Como alerta Abboud (2020, p. 1018), as cortes de vértice não são tribunais que se destinam apenas a fixar teses, uma vez que têm a missão constitucional de resolver lides, aplicando o direito à espécie, em outras palavras, de acordo com Alvim e Dantas (2019, p. 320-340), os escopos dos recursos para os tribunais de cúpula, além de exercer as tradicionais funções nomofilática e uniformizadora, realizam também as modernas funções dilatória e contemporânea.

Com efeito, a sistemática dos recursos repetitivos objetiva dar efetiva e célere prestação jurisdicional pelos tribunais com uma solução uníssona para as ações com questões de direito repetitivas e, dessa maneira, promover a isonomia e manter a credibilidade do Poder Judiciário como visto também ocorrer no IRDR (GALVÃO, 2022, p. 196). O julgamento por precedentes qualificados assim formados, mediante escolha da causa-piloto, caracterizará técnica adequada de objetivação e aceleração processual para atingir também outros casos em julgamento e novos casos. Em havendo decisão em recurso repetitivo, o CPC autoriza o julgamento monocrático de RE e REsp pelo Relator nos respectivos tribunais superiores, para potencializar a eficácia do precedente, conforme consta no artigo 932, do CPC.

De qualquer sorte, a partir de uma leitura mais abrangente do desenho normativo, não é correto supor que a previsão dos recursos repetitivos sirva apenas para que os Tribunais Superiores resolvam o gerenciamento processual e os casos que se multiplicam. Trata-se, além disto, de uma forma de enaltecimento da função nomofilática dos Tribunais Superiores, porque os recursos repetitivos servem também para que elaborem precedentes qualificados que atribuam o sentido ao direito (MARINONI, 2019a, p. 330-332).

Cumprе rememorar que a disciplina dos recursos repetitivos no processo penal é toda remetida ao CPC por força do artigo 638, do CPP, uma vez que a legislação processual penal é omissa sobre o tema, mesmo em relação aos recursos excepcionais individuais, havendo uma dificuldade adicional para o processo penal o tema da escolha do recurso representativo da controvérsia. É que o processo penal tradicionalmente não trabalha com a ideia de demandas repetitivas, sendo inclusive controversa a ideia de lide no processo penal.

Nessa linha de pensar, para o sistema de julgamento seja coerente e eficaz e, conseqüentemente, haja a adoção de um microssistema de formação de precedentes qualificados constitucionalmente legitimado que alcance os escopos da isonomia, segurança jurídica e estabilidade, uma vez que a tese formada se tornará vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, a escolha do recurso-piloto será muito importante (GALVÃO, 2022, p. 198). É o recurso-piloto que receberá a decisão-quadro deverá depois ter sua *ratio*

decidendi estendida e aplicada a uma determinada quantidade de recursos sobrestados, cumprindo seu papel de precedente qualificado.

De acordo com Galvão (2022, p. 199), deveriam existir critérios para seleção do recurso representativo da controvérsia, exigindo-se do Relator que o faça considere a *qualidade e abrangência* dos argumentos, ou seja, de acordo com os vetores do §6º do artigo 1.036, do CPC. A legislação não disciplinou especificamente os critérios para referida seleção, porém a doutrina estabeleceu alguns critérios que podem ser vislumbrados no artigo 256, §1º do RISTJ, com a redação dada pela ER 24/2016, assim redigido:

§ 1º Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente:

- I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial;
- II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso;
- III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.

Com efeito, parece correto, como defende Danyelle Galvão, que seriam quatro os critérios para a seleção do recurso-piloto: a) o número de recursos a serem analisados para se chegar ao paradigma; b) o escolhido deve conter a maior diversidade de fundamentos na decisão impugnada e variedade de argumentos no recurso; c) o recurso escolhido deve possuir a discussão mais abrangente; e por fim d) deve ser o recurso que melhor retrate a controvérsia, inclusive selecionando recursos que impugnam acórdãos proferidos em sentidos contrários (GALVÃO, 2022, p. 200).

Passando a análise da colaboração das cortes de origem quanto ao juízo de admissibilidade, no que diz respeito ao recurso especial o §2º, do artigo 256, do RISTJ, prevê que o Relator:

- I - delimitará a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito do recurso especial repetitivo, com a indicação dos respectivos códigos de assuntos da Tabela Processual Unificada do Conselho Nacional de Justiça;
- II - informará, objetivamente, a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia;
- III - indicará, precisamente, os dispositivos legais em que se fundou o acórdão recorrido;
- IV - informará a quantidade de processos que ficarão suspensos na origem com a mesma questão de direito em tramitação no STJ;
- V - informará se outros recursos especiais representativos da mesma controvérsia estão sendo remetidos conjuntamente, destacando, na decisão de admissibilidade de cada um deles, os números dos demais;
- VI - explicitará, na parte dispositiva, que o recurso especial foi admitido como representativo da controvérsia.

A decisão de afetação, após seleção dos representativos da controvérsia, deve identificar com precisão a questão jurídica a ser discutida no recurso e que deverá ser solvida pelo tribunal, conforme artigo 1.037, inciso I, do CPC, indicando a(s) norma(s) que embasa(m) o recurso e a hipótese fática da questão objeto do julgamento. Evidente que a questão delimitada deve ser comum a vários processos. Isso é importante por três razões. Primeiro: o objeto da discussão, quando decidido, formará precedente vinculante; Segundo: a formação da *ratio decidendi* pressupõe debate. Somente com a delimitação precisa e detalhada é possível analisar a legitimidade, interesse e pertinência da intervenção de *amicus curiae*. E por fim, é o que possibilita a realização de *distinguish* em relação aos demais casos. O que possibilita confrontar recurso representativo da controvérsia dos demais aparentemente vinculados àquele, seja para fins de suspensão de tramitação, ou para aplicação do precedente judicial após sua publicação (GALVÃO, 2022, p. 201-202).

Importante ainda destacar que a identidade de questão jurídica nos recursos apesar de ser requisito essencial, não dispensa a identidade de hipótese fática para a formação e aplicação de precedentes qualificados. De ver que tais considerações visam facilitar a aplicação da técnica da distinção que, se não for adequadamente considerada, poderá levar ao vício de motivação das decisões judiciais por não ter sido identificada congruência ou ajuste do caso concreto ao precedente, nos termos do artigo 315, §2º, IV do CPP e artigo 489, §1º, do CPC.

Para os recursos excepcionais criminais no contexto da formação de precedentes qualificados obrigatórios, defende-se a ampla divulgação da afetação do recurso repetitivo, apesar do artigo 979, §3º do CPC, referir-se ao IRDR, mostra-se adequado e necessário para atingir dois objetivos: dar conhecimento à sociedade em geral sobre a discussão e possibilitar a participação de *amicus curiae* nas discussões da questão controvertida (GALVÃO, 2022, p. 203).

Nessa ordem de pensar, os apontamentos sobre a instrução do IRDR, em especial sobre participação de *amicus curiae*, realização de audiências públicas e requisições de informações aos tribunais são válidas sem ressalvas para os recursos repetitivos, tanto que os regimentos internos das cortes de vértices assim preveem. Como se trata de formar um precedente qualificado, a decisão proferida atingirá não apenas as partes dos recursos afetados, mas tantos outros que não serão, pelo menos diretamente, representados durante o julgamento.

Quanto a participação do Ministério Público dispõe o artigo 1.038, III CPC que o relator poderá intimá-lo para manifestação. De ver que no processo penal, a intervenção do

Ministério Público é obrigatória, sendo, via de regra, parte na maioria das ações penais. Além do órgão ministerial, devem ser intimados as demais partes e intervenientes do processo (por exemplo o defensor e o assistente da acusação).

No âmbito do STJ a competência para julgamento será da Corte Especial ou da 3ª Seção, especializada em matéria criminal, de acordo como o disposto no artigo 11, inciso XVI e artigo 12, inciso X do RISTJ. No STF inexistente previsão expressa sobre competência para julgamento dos RE criminais repetitivos, e para evitar divergência entre as Turmas que possa ensejar cabimento de Embargos de Divergência, o ideal é que seja julgado pelo Plenário. Nesse sentido, Badaró (2019, p. 433) manifesta que dessa maneira haverá maior autoridade, legitimidade e representatividade do julgamento.

Um ponto que merece críticas é a previsão do §3º do artigo 1.038, do CPC, na redação dada pela Lei 13.256/2016, de modo que não mais se exige que todos os fundamentos da tese jurídica, favoráveis e contrários, sejam discutidos quando do julgamento de mérito dos recursos repetitivos. De fato, o novo texto se referiu apenas aos fundamentos relevantes da tese discutida, o que não parece correto e poderá causar problemas práticos quanto a fundamentação das decisões judiciais. A interpretação conjunta do texto constitucional com as normas infraconstitucionais à espécie (artigo 489, §1º IV, do CPC e artigo 315, §2º, IV do CPP) autorizam concluir para uma imprescindível análise plena de todos os argumentos capazes de autorizar a aplicação ou distinção da tese, devendo fazer constar no acórdão, sob pena de formação deficiente do precedente judicial, que exige motivação qualificada⁴⁷.

Por extremo, importante consignar um recente julgamento firmado pela 3ª Seção do STJ que ilustra adequadamente como deve ser feita a aplicação de precedente qualificado.

Trata-se do RHC 82.223/MG, julgado em 09/02/2022, que tratava da (i)legalidade da requisição de dados fiscais pelo Ministério Público sem autorização judicial, considerando a tese fixada no RE 1.055.941/SP, em sede de repercussão geral (Tema 990).

No Informativo 724, do STJ, de 14/02/2022, consta a seguinte informação que esclarece adequadamente como os Ministros aplicaram a técnica da distinção, nestes termos:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, em sede de repercussão geral, firmou a orientação de que **é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional** (Tema 990).

⁴⁷ **Nesse sentido Enunciado 305 do FPPC:** No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados.

Da leitura desatenta da ementa do julgado, poder-se-ia chegar à conclusão de que o entendimento consolidado autorizaria a requisição direta de dados pelo Ministério Público à Receita Federal, para fins criminais. No entanto, a análise acurada do acórdão **demonstra que tal conclusão não foi compreendida no julgado**, que trata da **Representação Fiscal para fins penais**, instituto legal que autoriza o compartilhamento, de ofício, pela Receita Federal, de dados relacionados a supostos ilícitos tributários ou previdenciários após devido procedimento administrativo fiscal.

Assim, a requisição ou o requerimento, de forma direta, pelo órgão da acusação à Receita Federal, com o fim de coletar indícios para subsidiar investigação ou instrução criminal, **além de não ter sido satisfatoriamente enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, não se encontra abarcada pela tese firmada no âmbito da repercussão geral em questão.** Ainda, **as poucas referências que o acórdão faz ao acesso direto pelo Ministério Público aos dados, sem intervenção judicial, é no sentido de sua ilegalidade.**

Em um estado de direito não é possível se admitir que órgãos de investigação, em procedimentos informais e não urgentes, solicitem informações detalhadas sobre indivíduos ou empresas, informações essas constitucionalmente protegidas, salvo autorização judicial.

Uma coisa é órgão de fiscalização financeira, dentro de suas atribuições, identificar indícios de crime e comunicar suas suspeitas aos órgãos de investigação para que, dentro da legalidade e de suas atribuições, investiguem a procedência de tais suspeitas. Outra, é o órgão de investigação, a polícia ou o Ministério Público, sem qualquer tipo de controle, alegando a possibilidade de ocorrência de algum crime, solicitar ao COAF ou à Receita Federal informações financeiras sigilosas detalhadas sobre determinada pessoa, física ou jurídica, sem a prévia autorização judicial.

Assim, é ilegal a requisição, sem autorização judicial, de dados fiscais pelo Ministério Público. (Grifo nosso)

Apesar do posicionamento inicial nesta pesquisa, pela inconstitucionalidade da previsão de precedentes vinculantes sem fundamento na CRFB, a prática tem demonstrado que a maioria dos tribunais têm considerado as teses produzidas em sede de recursos repetitivos pelo STF e STJ como modo de tentar resolver a litigiosidade repetitiva, ressaltando que no âmbito do processo penal não se tem propriamente demandas de massa, mas a discussão de matéria de direito repetitiva (questões repetitivas).

Malgrado as críticas recebidas, a legitimidade desse tipo de precedentes qualificados se justificará pelo procedimento de abrir o debate dos temas nos tribunais, a partir da ampliação desse debate com a realização de audiências públicas e oitiva de amici curiae, além da ampla divulgação feita pelos tribunais.

3.6 Os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional

No direito brasileiro importante papel destina-se às súmulas, as quais foram criadas originalmente com a finalidade de exercer um controle sobre a qualidade das decisões dos Ministros do STF.

Trata-se de expediente que foi criado por meio de emenda ao regimento interno do STF (RISTF, artigo 102) no ano de 1963, como informa o Ministro Victor Nunes Leal, inspiradas nos *assentos* portugueses e *máximas* italianas, concebidas como enunciados gerais e abstratos que tinha por finalidade informar aos Ministros do STF qual era a orientação da corte – portanto com eficácia meramente persuasiva –, sobre determinadas questões jurídicas já julgadas pela corte, sendo criada com a intenção de servir de mecanismo de organização ou método dos trabalhos da corte (LEAL, 2015, p. 14-18).

De acordo com esse pensamento, as súmulas não seriam normalmente consideradas como precedentes qualificados, no sentido de uma decisão anterior, havendo necessidade de se desmitificar a tese corrente no imaginário jurídico, surgida na esteira de um relativismo de conceitos e falta de rigor científico que não são exclusivos do Direito.

Desse modo, a súmula nada mais é do que um texto que deve ser compreendido a partir de um olhar hermenêutico, não constituindo necessariamente uma norma geral e abstrata, porém um texto que foi resultado da interpretação de um caso concreto que foi, repetidas vezes, objeto de controvérsias judiciais, ou seja, é o fruto do trabalho interpretativo do tribunal que foi condensada em um texto como a tese repetida pelo tribunal. O que vincula, portanto, não é o texto da súmula, mas os precedentes que ensejaram sua edição (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 56; CRAMER, 2016, p. 196).

Importante indagação diz respeito a aplicabilidade das súmulas que foram editadas antes da entrada em vigor do CPC. Nesse sentido, Cramer (2016, p. 196-197) posiciona-se contrariamente à aplicação das súmulas produzidas antes do início da vigência do CPC, uma vez que, na opinião do jurista, haveria aplicação do artigo 927, do CPC de forma retroativa.

Para manter a coerência com o microssistema de precedentes qualificados obrigatórios traçado pelo legislador brasileiro, em matéria criminal, percebe-se que os juízes e tribunais sempre consideraram aplicar as súmulas dos tribunais superiores e ainda continuam a fazer, sem preocupação com o direito intertemporal.

A compreensão de um genuíno sistema de precedentes qualificados, como no sistema da *common law* parte da ideia de vinculação dos argumentos que foram utilizados para a formação da *ratio decidendi*. Vale dizer, o caráter argumentativo de qualquer precedente é que deveria ser o parâmetro para sua legitimidade no sistema jurídico e, no caso dos novos precedentes qualificados, desde que respeitado o procedimento para sua edição (legitimação pela correção do procedimento).

O que não se poderia admitir é aplicar retroativamente interpretação mais gravosa contra o réu, à semelhança do que ocorre com a lei, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL, da CRFB.

3.7 A orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados

O CPC indica como precedente qualificado a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os juízes estão vinculados, no inciso V do artigo 927. Importante inicialmente definir que este precedente qualificado não se trata de uma *orientação*, no sentido de um ato administrativo normativo de caráter amplo, mas, no contexto desta pesquisa, de *acórdãos* em recursos, revisões criminais, *habeas corpus* e ações penais originárias de competência dos tribunais.

Com efeito, segundo Cramer (2016, p. 197) trata-se de típico precedente horizontal vinculante⁴⁸, uma vez que são vinculantes apenas para os órgãos a eles internamente subordinados, e não para os outros tribunais. Esclarece ainda que:

Em primeiro lugar, em vez de orientação, leia-se decisão, na medida em que os órgãos de cúpula dos tribunais, assim como qualquer órgão jurisdicional não respondem consultas. A decisão do órgão de cúpula tida como vinculante será qualquer uma, proferida em qualquer processo ou recurso julgado por esse órgão. (CRAMER, 2016, p. 197).

Cramer (2016, p. 197-198) entende ainda que apenas as decisões proferidas pelos órgãos de cúpula dos tribunais, após a entrada em vigor do novo CPC, assumirão a condição de precedente vinculante e somente incidem para o processo civil, o que se discorda neste trabalho. Nesse ponto, o professor Ronaldo Cramer sustenta que o artigo 927, do CPC não é uma norma heterotópica, mas uma norma pensada para o processo civil que tampouco se aplica aos processos penal e trabalhista (CRAMER, 2016, p. 197). A previsão do artigo 927, V do CPC aplica-se para quaisquer tribunais, além das cortes de vértice (STF e STJ), ou seja, para as cortes de justiça, os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais de Justiça, considerando a competência criminal prevista na Constituição Federal, nas leis federais e no regimento interno de cada tribunal, contudo deve ser ressaltado que, na prática, o papel exercido pelas cortes de vértice firma-se como mais relevante, uma vez que

⁴⁸ Nesse sentido: **Enunciado 169 FPPC**: Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e §4º do art. 927.

deveriam ser formadores precípuos de precedentes qualificados no exercício da função nomofilática.

Sem embargo, Galvão (2022, p. 207) empresta importância às cortes de justiça na formação de precedentes, porque seus órgãos fracionários têm competência para analisar recursos como a apelação criminal e o recurso em sentido estrito de decisões proferidas pelos juízes de primeira instância, bem como os embargos infringentes para dirimir a controvérsia atual entre os órgãos fracionários do próprio tribunal. Entretanto, essas decisões não constituem precedentes fortes no sentido pretendido pelo legislador ordinário.

Ocorre que além da competência prevista para o Pleno de cada tribunal, existem a possibilidade do julgamento de casos individuais poder ser afetados ao Plenário ou órgão especial, conforme previsão em cada regimento interno, hipótese na qual formariam precedentes vinculantes como defendeu Galvão (2022, p. 217). Importante deixar consignado que para a formação de uma teoria dos precedentes para o processo penal, além da possibilidade regimental de afetação, compreende-se que a ampla publicidade e debate seriam premissas essenciais para que o precedente criado possa ser replicado a terceiros em casos futuros, mediante interpretação consistente das premissas fáticas e jurídicas do precedente formado.

Deve ser lembrado ainda que, em matéria penal, o julgamento em sede de *habeas corpus* não possui eficácia geral (*erga omnes*) ou efeito vinculante, *entretanto* Mendes e Branco (2021, item 2.5.1.1, posição 10189 a 10254), destacam que os *habeas corpus* ou recursos ordinários em *habeas corpus* afetados ao Plenário do STF exercem influência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário:

Ainda que formalmente não haja força vinculante, um julgado do Plenário em *habeas corpus* exerce um impacto evidente no sistema jurídico e nos juízos inferiores, visto que qualquer caso pode aportar ao STF em *habeas corpus*, respeitadas as competências constitucionais, e então ser reformado em conformidade com a interpretação anteriormente assegurada pelo Plenário (MENDES; BRANCO, 2020).

Os citados autores revelam ainda que ao analisar os julgamentos do STF nos últimos anos, perceberam uma valorização das decisões tomadas pelo Plenário em sede de *habeas corpus*, a partir do expediente de fixar teses e a promover a modulação de seus efeitos, especialmente no julgamento de *habeas corpus*, reconhecendo a potencialidade de aplicação para outros processos (MENDES; BRANCO, 2021, item 2.5.1.1, posição 10189 a 10254).

Como exemplo citam:

No âmbito do HC 166.373 (rel. Min. Edson Fachin, j. 2-10-2019), o Plenário, ao analisar a questão da ordem de alegações finais em casos com colaboradores

premiados, concedeu a ordem e, por maioria ampla, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado no habeas corpus.

Em casos anteriores, tal prática também foi aceita e implementada, como no RHC 163.334 (Plenário, rel. Min. Roberto Barroso, j. 18-12-2019), que fixou tese sobre a tipicidade do não recolhimento de ICMS; e no HC 176.473 (Plenário, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020), que fixou tese sobre interrupção da prescrição pelo acórdão em segundo grau. Vale notar que no RHC 163.334 foram inclusive admitidos amici curiae para o debate da questão, o que também pode ser descrito como marcante sinal no sentido da ampliação dos efeitos da decisão para outros casos.

Além da fixação de tese, o Plenário também já realizou modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade em habeas corpus. No HC 82.959, de 23-2-2006, ao declarar a inconstitucionalidade incidenter tantum do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, por votação unânime realizou-se uma espécie de modulação de efeitos para explicitar que ‘a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data’.

Nesse sentido, admite-se a possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle incidental é consequência do fenômeno da abstrativização do controle difuso, que denomino como uma tendência de dessubjetivação das formas processuais. Assim, verifica-se uma evidente tendência ao fortalecimento das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente por seu Plenário, mesmo em sede de ações tradicionalmente tidas como restritas ao caso concreto, como o habeas corpus⁶¹⁰.

Mesmo em âmbito processual penal verifica-se a consolidação de uma teoria dos precedentes judiciais. Há muito na doutrina penal se destaca a importância da previsibilidade e da estabilidade da jurisprudência, em respeito à legalidade e para efetivação dos direitos fundamentais⁶¹¹. Com os influxos do Código de Processo Civil de 2015, a temática também se destacou em âmbito penal. Sustenta-se a aplicação subsidiária do CPC em relação à regulamentação dos precedentes, pois isso ‘torna o sistema processual penal mais coerente, incrementando o respeito à liberdade (autodeterminação) e à igualdade entre as pessoas (mesmo tratamento para situações iguais), bem como densifica a segurança jurídica’⁶¹².

Em tese de doutorado defendida sobre precedentes judiciais penais, sustentou-se que, com base no art. 927, V, do CPC, ‘se as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial possuírem ratio decidendi serão, pelo menos em tese, de observância obrigatória, por força do disposto no CPC, de 2015, desde que tenham fundamentação qualificada em restrita observância do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e do art. 489, § 1º, do CPC, de 2015’⁶¹³. Pode-se afirmar, portanto, a partir de sua importância para a proteção efetiva de direitos fundamentais e pelo fortalecimento de uma teoria dos precedentes penais, que o habeas corpus tende a se consolidar como mecanismo apto a assentar precedentes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da fixação de teses e os demais mecanismos aqui descritos (MENDES; BRANCO, 2021, posição 10203-10228)

Deve ainda ser dado destaque aos *embargos de divergência* como espécie recursal que visa a fazer o controle da uniformização de jurisprudência e garantir a unidade da interpretação (função nomofilática), conforme artigo 1.043, do CPC, cabível tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial, consoante verifica-se dos artigos 330 a 336, do RISTF e artigos 266 a 267, do RISTJ, com a finalidade de evitar o dissenso em relação a divergência atual entre órgãos fracionários dos tribunais, o que será importante em se tratando de cortes de vértice.

Pela leitura sistemática dos artigos 926 e 927, inciso V, do CPC com os regimentos internos dos tribunais, chega-se à conclusão de que os Embargos de Divergência formam precedentes qualificados desde que sejam enfrentados todos os argumentos relevantes do ponto (delimitado pelo voto divergente) para fins de fixação da tese jurídica, favoráveis ou não. Questiona-se, por fim, se o mandado de segurança criminal pode constituir precedente. Importante exemplo encontra-se no Mandado de Segurança Criminal 1034301-58.2018.4.01.0000, que utilizou no julgamento os fundamentos da ADI 4398, do STF, vide ementa abaixo:

PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA COM BASE NO ART. 265 DO CPP. ABANDONO DA CAUSA. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO COMPARECIMENTO. MULTA. IMPOSIÇÃO DEPOIS DE RESPOSTA DO CAUSÍDICO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal dirimiu a dúvida sobre a constitucionalidade ou não da atual redação do art. 265, do Código de Processo Penal, em voto da lavra da ministra Carmem Lúcia, ao julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.398) ajuizada pela Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. 2. Caracteriza-se o abandono da causa quando o advogado deixa de promover, injustificadamente, atos que lhe competia realizar no processo, sem prévia comunicação ao juiz processante, demonstrando, assim, a vontade de não atuar. 3. A ausência injustificada do causídico à audiência de instrução e julgamento configura grave quebra de seu dever funcional e caracteriza o abandono do processo. 4. Diante dos elementos de convicção constantes dos autos, que levaram o magistrado a quo a concluir pelo efetivo abandono de causa, conforme disposto no art. 265, do Código de Processo Penal, mostra-se possível a aplicação da multa prevista em lei, o que afasta o alegado direito líquido e certo. 5. Segurança denegada.

Da mesma maneira, devem ser lembrados os julgamentos realizados pelo Plenário do STF e Corte Especial do STJ nas ações penais originárias e outros tipos de ações, como defendido por Danyelle Galvão nestes termos:

Sabe-se que competente ao Plenário do STF e Corte Especial do STJ o julgamento de outros casos individuais além dos elencados neste item deste estudo, tais como revisões criminais, reclamações constitucionais, questão incidentais em investigações que envolvam autoridades, ações penais originárias e repercussão geral, por exemplo. A nosso ver, em se tratando de caso individual julgado por estes órgãos, só formarão precedentes vinculantes, com aplicação obrigatoria de tese jurídica a terceiros, se houver o amplo debate com a possibilidade de *amici curiae* e realização de audiências públicas, tal como estabelecido para os casos afetados. (GALVÃO, 2022, p. 234).

Importante consignar, na mesma esteira do trabalho de Galvão (2022, p. 234), que não se defende que casos individuais não possam formar precedentes, tampouco que decisões do Plenário ou Corte Especial possam ser desconsideradas somente porque não constituem precedentes, porque estes julgados podem exercer influência persuasiva em casos futuros em que se discute idêntica questão jurídica que podem extrapolar o direito subjetivo discutido.

CAPÍTULO 4 - O PRECEDENTE NAS SENTENÇAS CRIMINAIS DA JUSTIÇA FEDERAL NO MARANHÃO

4.1 Análise argumentativa das decisões criminais e o uso dos precedentes qualificados como argumento de autoridade

O argumento de autoridade (*argumento ad verecundiam*) pode consistir em estratégia importante para obter o convencimento do interlocutor a partir da menção ao prestígio de alguém ou de uma instituição que avalize o que foi defendido. Apesar de constituir um artifício que se afasta um pouco do discurso científico ou racional, utilizando-se do apelo à notoriedade de um especialista ou de uma instituição percebe-se que poderá consistir em um equívoco ou falácia.

Por óbvio que no campo do direito e da prática corriqueira do foro costuma-se acreditar na autoridade e seriedade de juízes, promotores, defensores, procuradores e das instituições encarregadas de cumprir papéis no sistema de justiça, o que provém, muitas vezes, da crença de que os indivíduos que compõe essas carreiras são detentores de credenciais importantes de ordem intelectual e moral, sobretudo porque seriam estudiosos da ciência jurídica, contudo não menos correto dizer que no julgamento de demandas, onde estão em jogo a liberdade e o patrimônio das pessoas, deve-se ter o cuidado e consideração com todos os argumentos trazidos ao processo que possam justificar ou infirmar uma decisão.

Segundo Walton (2012, p. 271), o argumento de autoridade pode ser representado da seguinte maneira:

“E é um especialista na área D.

E declara que A é reconhecidamente verdadeiro

A está contido em D

Logo, A pode (plausivelmente) ser considerado verdadeiro”.

O microssistema de precedentes qualificados, como o criado pelo CPC, foi idealizado a partir de uma ideia de *verticalização* das decisões considerando o papel e desenho institucional do Poder Judiciário, como defende Feio (2018, p. 7), uma vez que esse microssistema concentra a maior parte das regras sobre precedentes, as quais justamente possuem o escopo de estabilizar a interpretação do direito no país (conhecida como função nomofilática).

Não raro, observa-se no discurso jurídico uma tendência de justificar a opção por determinada decisão escorado no argumento de que essa decisão estaria de acordo com o que

foi decidido pelo STF ou pelo STJ e, como visto, também ocorre no campo do direito criminal, sem que se perceba existir uma preocupação mais apurada em saber se o precedente contemplou (ou não) a questão jurídica trazida pelo caso concreto ou se este possui características que o distingue do precedente. É esse tipo de estratégia que se qualifica como argumento de autoridade.

Como bem coloca Rodriguez (2013, p. 67), a lei não é a única fonte da autoridade do direito, podendo também funcionar como *autoridades* os casos julgados, os princípios e a doutrina. O direito opera, dessa forma, com base em instituições que funcionam sob um padrão centrado em argumentos de autoridade. Isso não significa dizer, contudo, que as decisões baseadas na autoridade sejam sempre autoritárias e unilaterais, já que podem ser racionais em razão da abertura ao debate.

A autoridade das regras jurídicas, do seu discurso ou dos atores jurídicos, apesar de se mostrarem categóricas, não são absolutas no momento da fundamentação das decisões judiciais, porque as razões de decidir, conforme as regras de experiência do que normalmente se observa e, essa circunstância se demonstrou nas decisões que foram pesquisadas, constituem discursos racionais com razões a favor ou contra o reconhecimento de determinada fonte – neste caso os precedentes qualificados – para o caso *sub judice*.

Nessa ordem de pensamento, Schauer (2008, p. 1.940-1.942) distingue autoridade vinculante (*binding authority*) de autoridade persuasiva (*persuasive authority*), consistindo a primeira na obrigação de reconhecimento de determinada proposição – a exemplo do precedente vinculante oriundo de uma corte superior –, enquanto a segunda, refere-se àquela que, embora não obrigatória, pode servir à articulação de razões de decidir que, então, se tornarão obrigatórias.

Destaca-se o direito como uma prática autoritativa, o que é reproduzido pelas instituições do sistema de Justiça – aqui nesta pesquisa representada pela Justiça Federal do Maranhão e, por outro lado, pela apresentação de um conjunto de normas jurídicas impositivas que condicionam as premissas do discurso jurídico, ou seja, o direito opera baseado em instituições que funcionam sob um padrão centrado em argumentos de autoridade.

De acordo com Raz (2009), o direito não seria mero argumento de autoridade, mas sim a voz autoritativa de uma comunidade política, de maneira que a característica de argumento de autoridade é elemento intrínseco da prática jurídica. Não se trata, no entanto, de afirmar que as decisões judiciais devem ser prontamente aceitas acriticamente tão somente em razão da autoridade, porém como são submetidas ao controle público, especialmente pelos

instrumentos recursais apropriados, estão de certa maneira legitimadas por critérios racionais de verificação da legitimidade do discurso.

O argumento de autoridade no âmbito do direito não constitui necessariamente uma falácia argumentativa, uma vez que a articulação do discurso jurídico decorre da natureza dos mandamentos jurídicos. E por outro lado, o direito é também legitimamente construído com base na doutrina que se debruça sobre as normas do sistema jurídico, seus institutos e dinâmica próprios, e irão refletir sobre a aplicação delas. O discurso jurídico, portanto, é moldado e (re)construído pelas opiniões dos juízes e dos especialistas. Nada obstante, o uso de argumentos de autoridade poderá comprometer a coerência do discurso jurídico porque a doutrina pode ser citada não pela qualidade de suas análises para a elaboração de teses, mas sim pelo simples fato de estar calcada na respeitabilidade e autoridade de determinados juristas.

Apesar desta abordagem não ser o tema principal desta pesquisa é importante citar a obra de Raz (2009) sobretudo quanto ao desenvolvimento dos pontos de vista sobre algumas das questões centrais da filosofia prática, a envolver os campos jurídico, político e moral. Destaca-se de acordo com Raz (2009) a importância das questões metodológicas, com foco na compreensão da natureza da jurisprudência, de modo a explicar o que é o direito e estabelecer uma teoria jurídica contemporânea compreensiva desse fenômeno, no qual, para o contexto brasileiro, compreenderia que os precedentes devem ser levados à sério.

Ao abordar a natureza e justificação da autoridade, explicou como o direito legítimo, embora seja um ramo da moralidade aplicada, é também um sistema relativamente autônomo, que tem o potencial de colmatar diferenças morais entre seus súditos e então oferecer respostas a algumas reações críticas à sua teoria da autoridade, renunciando e modificando a teoria para atender a algumas delas, no que incluiu uma espécie de pluralismo interpretativo de modo a avançar no debate (RAZ, 2009).

O que não deve ser olvidado pelos juízes ao considerar os precedentes qualificados é que sua utilização não pode ser divorciada dos princípios que informam tanto o Direito Penal, quanto o Processo Penal, no caso brasileiro e para os fins desta pesquisa, a partir de uma visão garantista reclamada pelo texto constitucional de modo a atender ao reclamo de Roxin:

O direito penal somente pode ser entendido como a última entre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas. É dizer que apenas se lhe pode fazer intervir quando falhem outros meios de solução social do problema, como a ação civil, os regulamentos de polícia ou administrativos, as sanções não-penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a '*ultima ratio*' da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos (ROXIN, 1997, p. 65).

Nas próximas seções serão analisadas as decisões que foram obtidas a partir da metodologia apresentada na Nota metodológica.

4.2 Análise do Grupo de Casos nº 01. Súmula Vinculante 24, do STF

O tema que relaciona a representação fiscal para fins de deflagração da persecução penal sempre suscitou intenso e acirrado debate na doutrina e jurisprudência, especialmente em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária e o aguardo do desfecho do procedimento administrativo fiscal de lançamento.

Esse debate ganhou ares polêmicos com a entrada em vigor do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, que em sua redação original dispunha que a representação fiscal dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.137/1990, deveria ser encaminhada para o Ministério Público após proferida a decisão final sobre a exigência fiscal do crédito então constituído.

No início, houve quem compreendesse que essa previsão legal criou uma condição específica da ação penal em relação aos delitos contra a Ordem Tributária de maneira que condicionava o exercício da ação penal, portanto a própria atuação do Ministério Público.

Passados alguns anos, o artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, teve sua redação alterada pela Lei nº 12.350/2010, para contemplar os crimes contra a Previdência social, outrora acrescentados ao texto do Código Penal pela Lei nº 9.983/2000, respectivamente os tipos penais de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, do CP⁴⁹) e sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, do CP⁵⁰). Sobre eles não se pretende apresentar considerações de cunho dogmático, apenas considerações relacionadas ao escopo do presente trabalho.

⁴⁹ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

⁵⁰ Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

A controvérsia foi objeto de questionamento na ADI 1.571⁵¹, julgada em 10/12/2003, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que, de acordo com Lima (2019b, p. 24) trouxe as seguintes conclusões:

- a) o artigo 83 da Lei nº 9.430/1996, não criou condição de procedibilidade da ação penal por delito tributário;
- b) o artigo 83 da Lei nº 9.430/1996, rege atos da administração fazendária, no sentido de que esta encaminhará *notitia criminis* ao Ministério Público; e
- c) pode o Ministério Público oferecer denúncia independentemente da mencionada representação tributária se, por outros meios, tiver conhecimento do lançamento definitivo, uma vez que se trata de crime de ação penal pública incondicionada.

Diante das conclusões acima resumidas, indagou-se sobre a natureza jurídica da decisão final do procedimento administrativo de lançamento em relação aos delitos contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social na doutrina. Na tentativa de respondê-la, formaram-se 3 (três) distintas correntes, a saber:

- a) uma corrente minoritária, entendeu que o MP não está obrigado a aguardar o prévio esgotamento da instância administrativa fiscal para oferecer denúncia. Todavia, a apuração da existência do tributo em processo administrativo constitui questão prejudicial heterogênea nos termos do artigo 93, do CPP, levando à suspensão do processo penal. Se houver oferecimento da denúncia pode o juiz suspender o processo e o decurso do prazo prescricional com base no artigo 93, do CPP;
- b) a segunda corrente entendeu que, tratando-se de crime material contra a Ordem Tributária e Previdência Social, crime que depende da produção de um resultado (supressão ou redução de tributo ou contribuições sociais), a decisão final do fisco funcionaria como elementar do tipo. Dito de outro modo, a

⁵¹ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notitia criminis condicionada "à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário". 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita "representação tributária", se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação. (ADI 1571, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-02 PP-00265).

decisão seria elementar do tipo penal e, portanto, liga-se à tipicidade da conduta delituosa; e por fim

- c) uma terceira corrente (majoritária) sustentou que a decisão final do fisco funciona como condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais contra a ordem tributária, ou seja, um evento futuro e incerto, cujo implemento é *conditio sine qua non* para a deflagração da persecução penal.

No mesmo sentido esposado pela corte suprema brasileira, o STJ afirmou, várias vezes, que se trata de uma condição objetiva de punibilidade de modo que a ação penal pressupõe decisão final sobre a exigência do tributo⁵². Para pacificar a polêmica observada nos tribunais e na doutrina, o STF resolveu por editar em 2009 a súmula vinculante 24.

De acordo com Lima (2019b, p. 25), à primeira vista, o STF deixou a impressão que o procedimento administrativo de lançamento funcionaria como elementar do delito (segunda corrente acima indicada), contudo não foi essa posição que prevaleceu no STF.

Da pesquisa efetuada com base no RESE nº 0008428-65.2017.4.01.3700, julgado pela 4ª Turma do TRF 1, Relatoria do Desembargador Federal Cândido Arthur Ribeiro⁵³ obteve-se a sentença que foi proferida no Processo nº 0058262-42.2014.4.01.3700, em que o Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso *rejeitou* denúncia formulada pelo MPF.

Tanto no citado acórdão, quanto na sentença recorrida, pela leitura do voto e dos fundamentos daquela, percebe-se que houve correta aplicação da tese veiculada na SV 24 do STF, cabendo destacar que o Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso discorreu sobre o precedente que deu origem à súmula vinculante ora utilizada como parâmetro, qual seja, o HC 81.611/DF, da Relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

Segue abaixo, por sua importância, a transcrição da ementa:

EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L.

⁵² Nesse sentido: STJ. 5ª Turma. HC 56.374/SP. j. 16/06/2007. DJ 06/08/2007.

⁵³ RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO PENAL. ART. 1º, II, DA LEI 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE PRESSUPOSTO PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

I - Não há como vislumbrar a presença dos necessários indícios ao recebimento da denúncia, uma vez que os crimes contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, por se tratarem de delitos materiais, só se consomem com a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos do enunciado da Súmula Vinculante nº 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". II - Recurso não provido. (RSE 0008428-65.2017.4.01.3700, DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 31/07/2019 PAG).

8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (HC 81611/DF, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084).

Sobre o tema em discussão, cumpre destacar que o Professor Roberto Carvalho Veloso discorreu na sua tese de doutorado a respeito do debate travado entre o eminente professor da UnB Cláudio Lemos Fonteles, que ocupou o cargo de Procurador-Geral da República, e o Ministro Sepúlveda Pertence sobre a necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o exercício da ação penal nos crimes contra a Ordem Tributária (VELOSO, 2008, pp. 85-94).

Ao se manifestar no Processo nº 0058262-42.2014.4.01.3700, o juiz Roberto Carvalho Veloso verificou que os crimes imputados eram materiais contra a Ordem Tributária, previstos no artigo 1º, da Lei nº 8.137/90, que foram também objeto de julgamento no citado HC 81.611/DF e que deu origem à SV 24 e, lado outro, também previamente se posicionou de acordo com a terceira corrente acima, nestes termos:

< Em primeira perspectiva, constato que, quanto aos acusados **CARLOS THADEU PINHEIRO GASP**AR e **ROBERTO GEORGES HACHEM**, não existe crédito tributário definitivamente constituído em relação às empresas das quais são sócios administradores (AUVEPAR LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA e LOCADORA SÃO LUÍS LTDA, respectivamente), o que inviabiliza a persecução penal levada a efeito nos presentes autos.

Dessarte, a jurisprudência pátria tem orientação pacífica no sentido de que o delito tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90, por ser material, demanda, para sua caracterização, do lançamento definitivo do débito tributário, estabelecendo, assim, o lançamento definitivo como condição de procedibilidade para a ação penal.>

Para efeitos de acoplagem à *ratio decidendi* procedeu a análise fática apresentando a seguinte explanação:

<Na espécie, verificou que a constituição do crédito tributário ocorreu tão-somente em relação à empresa de um dos acusados, o que inviabilizou a persecução criminal no que tange aos outros dois acusados, assistindo, portanto, razão à defesa de que pugnou pela aplicação da supracitada SV 24.

A Receita Federal declara, expressamente, às fls. 509, que **não** instaurou procedimento administrativo fiscal em relação às empresas LOCADORA SÃO LUÍS LTDA, CNPJ nº 008.772.221/0001-90, e AUVEPAR LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA, CNPJ nº 06.935.415/0001-33, cujos responsáveis são os denunciados **ROBERTO GEORGES HACHEM** e **CARLOS THADEU**

PINHEIRO GASPAR (respectivamente) tornando impossível em relação a eles a perseguição penal> (grifado no original).

Cumprir observar que, em outro trecho da decisão, consta que em relação a um dos acusados houve inclusive pedido de rejeição da denúncia, formulado pelo próprio representante do MPF, em contradição com a situação fática relativa aos demais, apesar de se tratar da mesma situação.

De fato, percebe-se que o magistrado, antes mesmo do atual sistema de precedentes qualificados, captou as nuances do HC 81.611/DF que deu origem à súmula vinculante 24, comparando os fatos e fundamentos jurídicos para aplicar a solução do precedente ao caso concreto. O que pode ser criticado é que, apesar do acerto no resultado, o magistrado colacionou ao texto da decisão a ementa do precedente e resumiu a conclusão desta, passando a citar que havia sido sumulado pelo STF.

Por outro lado, apesar dessa decisão ter sido proferida no dia 19 de junho de 2016, ou seja, após o início da vigência do CPC, o magistrado não mencionou que estava expressamente vinculado ao precedente citado, embora não houvesse circunstância fática que afastasse o precedente.

Restou subentendido, no caso em comento, que o precedente foi utilizado por conter uma solução e não porque estivesse o juízo vinculado à *ratio decidendi*, o que poderia caracterizar uma motivação implícita.

Segundo Carlos Eduardo Scheid em casos que tais:

<verificam-se lacunas no discurso justificativo das decisões, de modo que, para não se invalidar esse ato judicial, poder-se-ia sustentar que “os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial”.⁷⁶⁶ (SCHEID, 2009, p. 144)

Na verdade, nem se trata de uma clássica decisão implícita, pois, a sentença ora analisada não se sujeita à nulidade, tampouco que não o magistrado deixou verificar os fatos e o direito aplicável à espécie, mas somente que deixou de assentar que estava seguindo um precedente qualificado.

Com efeito, o fato de deixar de expressar essa premissa, não ensejaria aplicar a regra do atual artigo 315, §2º, inciso V, do CPP, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019, uma vez que o discurso apresentado foi suficientemente adequado à compreensão que o magistrado seguiu o precedente.

O segundo acórdão encontrado refere-se ao RESE nº 0076980-53.2015.4.01.3700⁵⁴, julgado pela 3ª Turma do TRF 1, da relatoria do Juiz Federal Leão Aparecido Alves que *confirmou* a sentença proferida no Processo nº 0076980-53.2015.4.01.3700, julgado pelo magistrado da 2ª Vara Federal da SJMA o Juiz Federal José Magno Linhares Moraes na data de 18 de abril de 2016.

O que deve ser destacado nesses dois julgamentos é a variação na premissa fática do caso concreto em razão de determinação de pagamento de contribuições previdenciária decorrente de sentença da Justiça do Trabalho –, hipótese concreta não contemplada expressamente na *ratio decidendi* da SV 24. A importância desse julgado é ímpar porque na origem do precedente (HC 81.611/DF), sequer houve discussão a respeito, mas a conclusão decorreu de argumentação lógico-jurídica contida nas razões determinantes do precedente.

Da leitura do acórdão trata-se de RESE interposto pelo MPF da decisão que rejeitou denúncia que imputava a prática do crime de apropriação indébita previdenciária. Na decisão, a rejeição foi fundamentada na falta de justa causa para ação penal, caracterizada na inexistência de prova da constituição definitiva do crédito tributário.

⁵⁴ RECURSO NO SENTIDO ESTRITO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Recurso no sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal (MPF ou recorrente) da decisão pela qual o Juízo rejeitou a denúncia, pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária, por falta de justa causa para ação penal, caracterizada na inexistência de prova da constituição definitiva do crédito tributário. STF, Súmula Vinculante 24 (SV 24). CP, Art. 168-A, § 1º, I; CPP, Art. 395, III.

2. Recorrente sustenta, em suma, que a constituição definitiva do crédito tributário é inexigível no caso de apropriação indébita previdenciária decorrente de sentença trabalhista pela qual o Juízo do Trabalho reconheceu a existência do vínculo empregatício entre os reclamantes e o Município e condenou esse ao pagamento das verbas rescisórias e das contribuições previdenciárias devidas. Requer o provimento do recurso para receber a denúncia. Parecer da PRR1 pelo provimento do recurso.

3. O Plenário do STF decidiu que: '[a] apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal', e, assim, '[e]stando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado'. (STF, Inq 2537 AgR.) 'Com a edição do Enunciado nº 24, da Súmula Vinculante do eg. Supremo Tribunal Federal, não pairam dúvidas acerca da exigência da constituição definitiva do crédito tributário como condição de ação penal voltada a crimes materiais contra a ordem tributária, in verbis: 'Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.' [...] O egrégio Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento consolidado pelo Pretório Excelso, firmou jurisprudência no sentido de que a condição objetiva de punibilidade em referência se estende aos delitos de apropriação indébita previdenciária'. (TRF 1ª Região, ACR 0000986-58.2007.4.01.3810/MG; RSE 0006426-94.2009.4.01.3800/MG; STJ, HC 394.228/MG; AgRg no REsp 1416220/MG; STF, HC 92002).

4. Por outro lado, e, '[e]mbora a sentença trabalhista tenha aptidão para reconhecer a existência do crédito tributário, a teor do disposto no art. 114, VIII, da CF/1988, a sua constituição definitiva somente ocorre com o devido lançamento, apurado por meio do competente procedimento administrativo-fiscal. [...] A ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede, por ausência de justa causa, a propositura da ação penal'. (TRF1, RSE 0023107-37.2012.4.01.3800/MG; ACR 00281543120084013800; TRF3, RSE 00002481520074036106.) Sentença recorrida em consonância com essa orientação.

5. Recurso no sentido estrito não provido. (RSE 0076980-53.2015.4.01.3700, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 11/05/2018 PAG).

O MPF sustentou, em suma, que a constituição definitiva do crédito tributário é inexigível no caso de apropriação indébita previdenciária decorrente de sentença trabalhista pela qual o Juízo do Trabalho reconheceu a existência do vínculo empregatício entre os reclamantes e o Município e condenou esse ao pagamento das verbas rescisórias e das contribuições previdenciárias devidas.

Como visto, a circunstância das contribuições previdenciárias terem sido apuradas e objeto de condenção em reclamação trabalhista, tal circunstância foi considerada *distinta*, uma vez que a conclusão dos julgamentos é que o caso não dispensaria a necessidade da constituição definitiva do crédito tributário pelo fisco.

Por outro lado, também foi considerado que não havia prova de que o recorrido exercia o mandato de prefeito do município reclamado na data do processo e julgamento da reclamação trabalhista. Portanto, as duas circunstâncias fáticas apresentadas no caso concreto foram consideradas distintas da *ratio decidendi* do precedente.

Importante consignar que na sentença analisada, diferente do acórdão que desproveu o RESE do MPF, o magistrado não mencionou expressamente que julgava o caso porque seguia um precedente qualificado do STF. Consta na fundamentação da sentença menções à cinco citações de ementas de julgados – alguns sequer transcritos integralmente –, sendo três do TRF 1 e dois do STJ. Curioso que, apesar de ser uma decisão de abril de 2016, não utilizou o precedente que ensejou a edição da SV 24 (HC 81.611/DF), muito menos a própria súmula.

Consta que um dos julgados do STJ citados, que teve parte da ementa transcrita e negritada, tratava-se do HC 257.721/ES, julgado pela 3ª Seção, em 25/11/2014, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, não reproduziu na parte transcrita e negritada se adota ou não o entendimento sumulado, apesar do outro julgado, HC 266.462/SP, da 5ª Turma, relatoria da Ministra Regina Helena Costa, assim fazê-lo.

Percebe-se aqui claramente que a edição de um precedente nem sempre consegue captar todas as nuances fáticas possíveis para fins de sua aplicação, mesmo mal que acomete as leis de modo geral, de modo que na teoria dos precedentes discute-se a necessidade de haver ampla discussão de todas as teses que possam (in)firmar o precedente quando de sua produção para justamente evitar *distinções inconsistentes*. O HC 81.611/DF, julgado pelo STF, não mencionou expressamente a situação referenciada nos autos do Processo nº 0076980-53.2015.4.01.3700, o que caracteriza situação realmente distinta.

A primeira das premissas colocadas – de que a condenação trabalhista constitui o crédito tributário –, em que pese ser aberta à discussões, não convence porque, a rigor, não

seria da competência da justiça obreira apurar a constituição de tributos. Por outro lado, o processo trabalhista trabalha com *standard* de prova diferente do processo penal que exige como condição de procedibilidade o lançamento definitivo na esfera administrativa.

O terceiro caso revela-se diferente dos anteriores, uma vez que o réu foi condenado, apesar de na sentença ter sido mencionada com razão de decidir a SV 24, ao passo que nas primeiras, a denúncia sequer foi recebida. Tanto na sentença, quanto no recurso de Apelação Criminal nº 0003031-40.2008.4.01.3700⁵⁵, foi mencionado que a Receita Federal encaminhou informação no sentido de que havia sido constituído o crédito tributário antes do início da ação penal.

O quarto e derradeiro caso é relativo à ACR 0001350-37.2005.4.01.3701⁵⁶, onde analisando também a sentença de base, houve declaração de extinção da punibilidade pelo

⁵⁵ PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, LEI 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL. IRPJ. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS. AUTORIA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO NÃO PROVADA. DOSIMETRIA DA PENA REFORMADA.

1. A não apresentação de razões recursais pelo advogado do recorrente, apesar de devidamente intimado por publicação, com impossibilidade de intimação pessoal do acusado, justifica a intervenção da Defensoria Pública. A arguição de pronúncia de nulidade no processo penal exige comprovação de prejuízo para as partes, nos termos do artigo 563, do CPP, situação não configurada nos autos, tendo em vista que a Defensoria Pública da União apresentou validamente as razões da apelação, atuação que se deu com zelo e esmero, tendo sido suscitadas todas as matérias de interesse da defesa para apreciação desta Corte.

2. O pronunciamento da Receita Federal atestando a constituição definitiva do crédito tributário possui presunção relativa de legitimidade, que somente pode ser afastada pela exibição de provas em sentido contrário pela parte interessada, o que não se verificou nos autos.

3. O Recorrente aduz que o lançamento de ofício, quando não definitivo, desatende à exigência contida na Súmula Vinculante n. 24, o que é verdadeiro. O problema que se apresenta é a falta de comprovação dessa situação jurídica invoca, o que poderia ocorrer no curso da instrução processual penal por meio de manifestação administrativa ou judicial nesse sentido, contrastando validamente a declaração contrária da Receita Federal.

4. Responde pelo crime previsto no artigo 1º, I, da Lei 8.137/1990 o sócio da pessoa jurídica responsável pela gerência do empreendimento à época dos fatos declinados na denúncia, pois nem mesmo a oitiva do contador da empresa foi requerida na instrução criminal, não ficando evidenciado nenhum fato que pudesse demonstrar sua responsabilidade exclusiva pelo delito, afastando a autoria do representante legal.

5. Dosimetria da pena de reclusão correta e de acordo com as provas dos autos, especialmente o elevado valor sonegado, inexistindo argumentos válidos para redução da pena aplicada, a qual estabelece adequadamente o quanto necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Desproporcional, contudo, a pena de 120 dias-multa, calculada à base de 01 salário mínimo cada dia-multa, pois o valor sonegado já foi devidamente sopesado na 1ª fase da dosimetria. Não é razoável fixar a pena de multa em patamar que se aproxima do valor máximo, quando a pena privativa de liberdade aproximou-se do mínimo legal.

6. Sentença penal condenatória parcialmente reformada, com expedição de ofício à OAB/MA para apuração da conduta do advogado da parte que deixou de arrazoar a apelação interposta. 7. Recurso do Réu parcialmente provido para reduzir a quantidade de dias-multa. (ACR 0003031-40.2008.4.01.3700, JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 19/12/2017 PAG).

⁵⁶ PENAL. PROCESSUAL PENAL. DELITO DO ART. 1º DA LEI 8.137/90. PAGAMENTO INTEGRAL DE UM DOS PROCESSOS FISCAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9, §2º, DA LEI 10.684/2003. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DISCUTIDA EM OUTRO FEITO. QUESTÃO PREJUDICIAL. SUSPENSO O FEITO CRIMINAL. I - A Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o esgotamento da via administrativa é condição necessária para a própria persecução penal dos delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90. II - Ainda não se tem notícia, nos presentes autos, acerca do julgamento pelo CARF dos recursos fiscais que haviam sido julgados desertos por falta de prévio depósito na via administrativa, em desacordo com o entendimento firmado pelo STF sobre matéria tanto na ADI 1.976/DF quanto na Súmula Vinculante 21, conforme determinado no julgamento do AI 0022739-

pagamento do tributo reclamado e suspensão da ação penal em razão da desconstituição da inscrição em dívida ativa de outra parte da dívida discutida.

Essas hipóteses revelam que a dinâmica da cobrança do tributo, incluindo a questão do pagamento, podem influir na persecução penal. Importante consignar que na discussão do Projeto da SV 24, consta expressamente discussão entre os Ministros do STF sobre incluir ou não no texto da súmula menção à suspensão da prescrição na hipótese de haver pedido de parcelamento do tributo devido.

4.3 Análise do Grupo de Casos nº 02. Súmula 438, do STJ (STF. RE 602.527/ RG-QO/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 19/11/2009, DJe 237, 17/12/2009)

A prescrição em perspectiva, hipotética, por prognose, projetada, antecipada, ou virtual, deve ser compreendida como o reconhecimento antecipado da prescrição, em virtude da constatação de que, no caso de possível condenação, eventual pena que venha a ser imposta ao acusado inevitavelmente será fulminada pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, tornando inútil a instauração do processo penal (LIMA, 2019b, p. 398).

Após exemplificar, Renato Brasileiro de Lima indaga sobre o que deve fazer o membro do Ministério Público caso esteja diante de uma situação em que haverá o reconhecimento da prescrição punitiva retroativa, sugerindo duas respostas:

- a) oferecer denúncia; ou
- b) promover o arquivamento do inquérito policial? Se promover o arquivamento, este pedido estará fundamentado na extinção da punibilidade pela prescrição ou na ausência de interesse de agir? (LIMA, 2019b, p. 399).

Conclui Renato Brasileiro de Lima que a resposta mais adequada seria a promoção de arquivamento com supedâneo na ausência de interesse de agir, posto que não teria o processo nenhuma utilidade e inexistir amparo legal do arquivamento com base na prescrição em perspectiva (LIMA, 2019b, p. 399).

11.2014.4.01.0000/MA, no qual foi também determinada a suspensão da inscrição dos correspondentes débitos fiscais na Dívida Ativa. III - Em que pesem os argumentos expendidos pela PRR/1ª Região no sentido de que a decisão do AI 0022739-11.2014.4.01.0000/MA teria perdido sua eficácia em face da prolação da sentença de mérito no MS 0002690-98.2014.4.01.3701, a desconstituição da Inscrição na Dívida Ativa dos débitos fiscais relativos à presente ação penal é questão prejudicial ao prosseguimento do feito, já que, a teor da Súmula Vinculante 24 do STF, corresponde à condição de procedibilidade da própria ação penal. IV - Extinta a punibilidade do réu com relação ao débito fiscal do procedimento administrativo 10325.001618/2003-39, em face do pagamento integral do débito antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do art. 9º, §2º, da Lei 10.684/2003 e jurisprudência do STJ. V - Processo suspenso quanto aos demais débitos em face de questão prejudicial a ser julgada em outro feito. (ACR 0001350-37.2005.4.01.3701, DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 29/11/2017 PAG).

Continua ao asseverar que poderá ser usada a norma do artigo 485, inciso VI do CPC, por aplicação subsidiária, ou então anular o processo com base no artigo 564, inciso II, do CPP, por analogia, diante da ausência de uma das condições da ação – o interesse de agir.

Apesar da prescrição antecipada ser rotineira nos fóruns criminais, contando inclusive com o respaldo de respeitada parte da doutrina processual penal, os Tribunais Superiores têm se posicionado contrariamente, sob o argumento de que essa espécie de prescrição não tem amparo no ordenamento jurídico, além de contrariar o princípio da presunção de não culpabilidade, porque parte do pressuposto de que o acusado será condenado ao final do processo.

Com o advento da Lei nº 12.234/2010, sustenta Lima (2019b, p. 399), será cada vez menos comum sua aplicação, uma vez que esta lei revogou o §2º do artigo 110, do CP que justamente previa que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regulava-se pela pena aplicada, podendo ter termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

Em acréscimo, a citada lei deu nova redação ao artigo 110, §1º do CP ao dispor que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

De acordo com o escólio de Lima (2019b, p. 400) apesar da Lei nº 12.234/2010, claramente uma hipótese de *novatio legis in pejus*, dizer que teve por objetivo excluir a prescrição retroativa, em verdade, pôs fim apenas à prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da peça acusatória. Para o professor Renato Brasileiro de Lima subsiste a possibilidade da prescrição retroativa, levando-se em conta a pena aplicada, porém apenas no tocante ao lapso temporal compreendido entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da publicação da sentença condenatória recorrível.

O precedente ora estudo é a Súmula 438 do STJ assim redigida: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (SÚMULA 438, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

Releva observar que o STF em decisões da 2ª Turma já tinha entendimento nesse mesmo sentido, cabendo citar o RHC 86.950/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 07/02/2006, e o HC 94.729/SP, Rel. Min. Ellen Gracie. j. 02/09/2008, DJe 182, 25/09/2008. De ver que

este entendimento foi consolidado no âmbito do STF e o tema foi objeto de repercussão geral no RE 602.527/ RG-QO/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 19/11/2009, DJe 237, 17/12/2009.

Passando aos casos pesquisados, percebe-se no julgamento da ACR 0001687-14.2014.4.01.3700, que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região proveu recurso para afastar a prescrição antecipada em caso em que se discutia a prática de crime praticado por prefeito previsto no artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67, reforçando a compreensão do precedente qualificado no sentido de que inexistia previsão legal para essa modalidade de prescrição. Nesse sentido se encontra a ementa do julgado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECRETO-LEI N. 201/1967, ART. 1º, INCISO I. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, ANTECIPADA OU VIRTUAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DIREITO DAS PARTES AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. PRECEDENTES QUALIFICADOS. RECURSO PROVIDO.

1. A prescrição em perspectiva ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética, que leva em conta a provável pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida em inúmeros julgados, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.

2. Súmula 438 do STJ: 'É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal'.

3. Recurso provido. (ACR 0001687-14.2014.4.01.3700, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 20/04/2018 PAG).

No segundo acórdão pesquisado, trata-se, em verdade, de recurso em sentido estrito, apesar de ter ocorrido erro na escolha do recurso, aplicou o tribunal o chamado princípio da fungibilidade recursal, acolhendo a fungibilidade com a apelação.

No caso concreto, ao analisar a sentença de base verifica-se que a matéria fática é distante do caso que ensejou a formação do precedente, percebe-se que a denúncia sequer foi recebida pelo juízo *a quo* sob a alegação da ocorrência da prescrição antecipada.

Em que pese ter havido distinção fática, foi aplicada a mesma solução dada pelo precedente, uma vez que não existe previsão legal para a prescrição antecipada, pouco importando se o caso concreto se refere à crime diverso do que gerou o precedente.

Confere-se a ementa do julgado pesquisado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, VII, DO DECRETO-LEI 201/1967. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP.

1. Apelação recebida como recurso em sentido estrito, pela aplicação do princípio da fungibilidade, nos termos do art. 579 do Código de Processo Penal, considerando a ausência de má-fé, bem como que o prazo de interposição do recurso obedeceu ao disposto no art. 586 do CPP. (Precedente da Turma).

2. O reconhecimento antecipado da prescrição com base na condenação hipotética não encontra amparo no ordenamento jurídico penal vigente. (Súmula 438 do STJ).

3. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não se vislumbrando qualquer das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal a ensejar a sua rejeição.

4. Recurso provido para afastar a ocorrência da prescrição pela pena em perspectiva e receber a denúncia com o consequente retorno dos autos à origem para o seu normal prosseguimento. (ACR 0001394-12.2012.4.01.3701, JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 12/12/2016 PAG).

O terceiro caso pesquisado trata-se de hipótese de crime praticado do prefeito, enquadrado no mesmo Decreto-lei nº 201/67, contudo em tipo penal diverso dos anteriores, com o uso da mesma solução apresentada pelo precedente, confere-se:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. ART. 1º, VII, DO DL 201/67. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

I - Inaplicabilidade do instituto da prescrição em perspectiva, em face da falta de previsão normativa. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu ser inadmissível a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva por ausência de previsão legal. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438, no sentido de que é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética.

II - Ressalta-se que não se faz possível o julgamento da demanda em destaque por esta Corte Regional neste momento processual, não obstante o presente feito encontrar-se já instruído, sob pena de configuração de indevida supressão de instância, hipótese prejudicial à defesa.

III - Considerada a pena máxima em abstrato (3 anos), o prazo prescricional restará transcrito, somente, em julho de 2021, não havendo que se falar, pois, de todo modo, no transcurso do prazo prescricional.

IV - Recurso provido a fim de que a ação penal tenha normal seguimento. (RSE 0041836-86.2013.4.01.3700, JUIZ FEDERAL SAULO JOSÉ CASALI BAHIA, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 12/11/2020 PAG).

No mesmo sentido se encontra o próximo julgado pesquisado que tratou de recurso em sentido estrito em caso de delito contra a ordem tributária. Confere-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO DELITO PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/90. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA VIA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. DELITO PREVISTO NO ART. 1º, I e II, DA LEI N. 8.137/90 - PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a simples entrega da declaração tem por efeito constituir o crédito tributário, firmando-se, por conseguinte, o termo inicial do prazo prescricional. Não há se falar em decadência, portanto.

2. Reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal no tocante ao delito previsto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90, tendo em vista o transcurso de mais de 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia (29/01/2013) e o presente momento.

3. Embora a lógica da racionalização do processo penal e dos recursos humanos disponíveis no judiciário em consonância com o princípio constitucional da duração

razoável do processo fosse a de acolher a tese da prescrição pela pena em perspectiva, a matéria já não comporta qualquer discussão em virtude da posição fixada pelo Superior Tribunal de Justiça que consolidou o entendimento por meio do enunciado de sua Súmula 438 (Precedentes qualificados do STJ).

4. Não há que se falar em ausência de justa causa quando, além de ter sido cumprida a condição de procedibilidade, qual seja, a constituição definitiva do crédito tributário, a inicial acusatória está amparada em indícios de materialidade e de autoria do delito previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

5. Cerceamento de defesa. Procedimento administrativo. As instâncias administrativo, civil e penal são independentes. O eventual vício ocorrido no procedimento administrativo não contamina de nulidade o processo penal. [...] (ACR 0003386-87.2012.4.01.3804 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.668 de 09/01/2015).

6. Recurso em sentido estrito parcialmente provido. (RSE 0046903-35.2017.4.01.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 27/03/2018 PAG).

As sentenças que ensejaram os recursos citados foram mais precisas em analisar todas as nuances fáticas dos casos em apreço de modo que souberam aplicar adequadamente os precedentes narrados. Por oportuno, percebe-se novamente a utilização de transcrições de ementas de julgados ao invés de citar diretamente o precedente.

Nesses casos concretos, somente com bastante atenção percebe-se que o Poder Judiciário atuou não com base na análise das circunstâncias fáticas do caso concreto (autoria, materialidade, nexos causal, culpabilidade, questões de dosimetria, etc), mas fazendo uma análise em abstrato das normas.

4.4 Análise do Grupo de Casos nº 03. Tema 561. STJ. REsp 1.193.194/MG. Originou a Súmula 511, do STJ

No presente lance importante análise as figuras típicas do artigo 155, do CP. Primeiramente, o furto privilegiado, então previsto no §2º do artigo 155 do CP, que se caracteriza pelo preenchimento de dois requisitos legais:

- a) criminoso deve ser primário: conceito de primariedade obtém-se a *contrario sensu* da previsão da reincidência no artigo 63, do CP. De acordo com a norma, primário será o acusado que praticou determinado crime sem que tenha contra si, à época do fato delituoso, sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime. Recorda-se que a manutenção da qualificação de reincidente está sujeita ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, conforme previsão no artigo 64, inciso I, do CP. Expirado esse prazo, mesmo que aquele acusado que já fora condenado irrecorrivelmente pela prática de crime anterior, deverá ser tratado como se fosse primário; e

b) pequeno valor da coisa subtraída: diante do silêncio do CP a jurisprudência sustenta que coisa de pequeno valor é aquela que não excede o montante de 1 (um) salário-mínimo à época do crime, e não na data da sentença. Não deve ser confundida com a coisa de ínfimo valor, que autoriza aplicar o princípio da insignificância.

Caso seja então reconhecido o privilégio o §2º do artigo 155 do CP, permite a lei penal que o juiz substitua a pena de reclusão pela de detenção ou aplique somente a pena de multa. Trata-se de inegável benefício ao acusado primário.

Quanto ao furto qualificado, de ver que as qualificadoras do furto estão elencadas no §4º do artigo 155, do CP. A diferença mais relevante em relação ao tipo penal básico (furto simples), então previsto no *caput* do artigo 155, diz respeito à pena abstratamente cominada.

O furto qualificado teve pena maior, que varia de 2 a 8 anos e multa, se o crime for cometido nas seguintes situações: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III – com emprego de chave falsa; IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Por sua vez, o chamado furto qualificado-privilegiado (ou híbrido) trata-se, em verdade, de uma discussão quanto a possibilidade de aplicar o privilégio do §2º às qualificadoras previstas no §4º, ou seja, de aplicação mesclada das hipóteses legais.

De um lado, parte da doutrina e da jurisprudência posicionava-se contrariamente, sob o argumento de que a localização topográfica do privilégio autoriza sua aplicação tão somente ao furto simples e ao furto praticado durante o repouso noturno, jamais ao furto qualificado, posto propositalmente em outro parágrafo pelo legislador.

Além do mais, o desvalor da conduta e do resultado inerentes ao crime de furto qualificado seriam incompatíveis com a aplicação dos benefícios proporcionados pelo reconhecimento do privilégio.

Uma segunda opinião compreende inexistir óbice desde que não haja imposição isolada da pena de multa em decorrência do privilégio. Por duas razões. A primeira porque a jurisprudência também admite o homicídio qualificado-privilegiado, desde que as qualificadoras tenham natureza objetiva.

Foi essa a orientação encampada na Súmula 511 do STJ, sendo 3 os requisitos para assim proceder: a) primariedade do agente; b) pequeno valor da coisa furtada; e c) qualificadora de ordem objetiva. Desse modo, estariam descartadas as qualificadoras subjetivas do abuso de confiança e a fraude (artigo 155, §4º, inciso II, CP).

Assim se encontra redigida a súmula: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP, nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”.

Segue-se à análise do caso pesquisado em que não restou reconhecido o privilégio do §2º, do artigo 155, do CP. Trata-se da Apelação Criminal nº 0006833-31.2017.4.01.3700⁵⁷, julgado pela 3ª Turma do TRF 1 da Relatoria da Desembargadora Mônica Sifuentes. Nesse caso concreto, restou inaplicado o privilégio porque reconhecida qualificadora de natureza subjetiva, ou seja, reconhecida a qualificadora objetiva do furto qualificado.

Na origem foi pesquisada a sentença proferida da data de 14/12/2017, pela Juíza Federal Paula Pessoa Moraes, no Processo nº 0006833-31.2017.4.01.3700. Em resumo, trata-se de caso em que quatro acusados foram acusados da prática, em concurso material, por tentativa de furto qualificado a uma Agência dos Correios no Município de Santa Luzia/MA e associação criminosa, conforme consta na denúncia, nos artigos 155, §§1º e 4º, I, c/c artigo 14, II, e artigo 288, todos do CP.

Na fundamentação da sentença, foi dado destaque ao fato de que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, eis que foram surpreendidos no momento que estavam perfurando a parede dos fundos do prédio onde funcionava a agência dos Correios de Santa Luzia/MA.

Desse modo, a magistrada reconheceu caracterizada a tentativa de furto qualificado também pela circunstância de ter ocorrido após as 21 horas do dia 04/12/2016,

⁵⁷ PENAL. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, §§ 1º E 4º, INCISO I E IV, DO CP, PRATICADO NA FORMA TENTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO. 1. Comprovada a materialidade e autoria dos crimes descritos no art. 155, § 1º e 4º cc/ art. 14 e art. 288, todos do Código Penal. 2. Os argumentos utilizados para justificar a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade são inerentes ao tipo penal. 3. Esta Terceira Turma, em conformidade com o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, decidiu no sentido de que ‘Conforme o entendimento consolidado no Resp 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal é compatível com as qualificadoras objetivas do crime de furto’. HC 201700480534, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:30/08/2017. DTPB:.) 4. ‘O crime de formação de quadrilha ou bando difere do concurso de pessoas, em razão deste derivar de uma associação momentânea, de caráter transitório, para a prática de determinado crime, enquanto que naquele os membros se associam para a prática de um número indeterminado de crimes, de forma permanente e estável’. (ACR 0015308-34.2007.4.01.3600 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.528 de 07/12/2012). 5. Dosimetria das penas nos termos dos arts. 59 e 68 do CP. 6. Na fixação da pena de multa, para se encontrar o seu valor, é preciso avaliar, assim como na pena privativa de liberdade, as circunstâncias do art. 59 do CP, agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição, bem como a situação econômica do réu. 7. Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade, por sanções restritivas de direitos, para o sentenciado com pena superior a 04 (quatro) anos e que apresente maus antecedentes (art. 44, I e III, do CP). 8. Apelações dos réus parcialmente providas. (ACR 0006833-31.2017.4.01.3700, DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 19/11/2018 PAG).

incidindo na qualificadora do repouso noturno, horário em que haveria maior vulnerabilidade. Ressaltou ainda que seria a jurisprudência “*remansosa*” no sentido de que causa de aumento referente ao furto noturno é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito momento em que reproduziu no texto da sentença dois trechos de ementas referentes a julgados do STJ, ambos sem identificação do órgão julgador, porém proferidos no ano de 2017.

Em uma das ementas recortadas, constou em negrito expressamente menção ao REsp 1.193.194/MG, julgado pela 3ª Seção, que reúne as 2 Turmas criminais do STJ, em 22/08/2012. Por outro lado, a Súmula 511, foi editada em 11/06/2014, mas não foi mencionada na decisão ora analisada e não se encontra reproduzida nos dois julgados do STJ que foram copiadas e reproduzidas na sentença.

Um dos problemas de fundamentação de decisões judiciais com o uso de ementas de julgados consiste justamente no fato destas não contemplarem todas as razões pelas quais o julgador considerou ou não a discussão jurídica posta. Com efeito, verifica-se que a magistrada não considerou a existência de dois precedentes que seria formalmente vinculantes à época de acordo com o novo CPC, o que revela não ter se preocupado com a questão.

Apesar do acerto na conclusão, observa-se, da mesma forma de casos anteriores analisados nesta dissertação, que não houve uma fundamentação direta com a utilização de precedente.

No recurso interposto pela defesa, parcialmente provido apenas para ajustar a dosimetria, relatado pela Desembargadora Monica Sifuentes, observa-se expressamente a menção às mesmas ementas utilizadas na sentença, também recortadas, porém com texto no voto referindo-se expressamente ao REsp 1.193.194/MG, julgado sob o rito dos repetitivos.

Como acima conclui-se, a sentença aplicou corretamente a *ratio decidendi* do precedente vinculante, apesar de não o reconhecer como tal, ao contrário do voto da Desembargadora.

Desse modo, o julgado apenas reafirmou indiretamente o precedente qualificado indicado como parâmetro da pesquisa, demonstrando o acerto na sua consideração e aplicação.

CONCLUSÃO

O propósito desta dissertação era analisar a fundamentação de decisões criminas da Justiça Federal do Maranhão com fundamento em precedentes qualificados, bem como, em certa medida, explorar a dinâmica e a funcionalidade das técnicas de aplicação dos precedentes qualificados, a rejeição, a distinção ou a superação ou a utilização dos precedentes qualificados como argumento de autoridade.

Desse modo, são apresentadas algumas considerações sobre o objeto da pesquisa e as principais questões enfrentadas no decorrer do estudo:

- 1) A escolha do legislador pelos tipos de provimentos que caracterizam precedentes no artigo 927, do CPC e a própria opção terminológica não se mostram adequadas diante do texto constitucional;
- 2) A vinculação dos juízes e cortes de justiça ao que foi decidido pelas cortes de vértice depende de previsão constitucional expressa do mesmo modo que fez o constituinte para as decisões em controle abstrato de constitucionalidade (artigo 102, §2º, da CRFB) e súmulas vinculantes (artigo 103-A, da CRFB);
- 3) No chamado controle difuso, a tese da abstrativização ou objetivação desse controle não é aceita pela jurisprudência do STF, prevalecendo o entendimento que compete ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da CRFB, emprestar eficácia erga omnes aos julgados do STF em sede de recurso extraordinário;
- 4) São inconstitucionais as previsões do CPC que qualificam como precedentes qualificados (i) os acórdãos em IAC ou IRDR e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (ii) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e (iii) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados;
- 5) Em que pese essa constatação, a utilização desses precedentes qualificados é uma realidade na prática de nossos tribunais que vem se consolidando após a entrada em vigor do CPC;
- 6) Além da necessária previsão constitucional do efeito vinculante, entende-se, para fins desta pesquisa, que precedente
- 7) Na sua origem anglo-saxã o precedente liga-se muito mais à ideia de historicidade do direito e a vinculação gravitacional que possui para persuadir outros juízes de segui-lo espontaneamente e não se identifica com a criação de

provimentos pelo legislador do modo como idealizado no Brasil, cuja edição, de acordo com procedimento previsto na lei, torna-o precedente obrigatório;

- 8) Em que pese a doutrina afirmar que existe uma aproximação com o sistema da *common law*, compreende-se que a adoção de uma teoria dos precedentes no Brasil objetivou resolver os problemas do nosso sistema judicial relacionados à gestão dos processos em face do volume de processos que ocorrem aos tribunais superiores;
- 9) Considerando a forma como previsto no CPC, deve ser reformulada consideração do precedente como fonte indireta do direito, passando a ser considerada uma fonte direta e complementar da lei;
- 10) Entende-se que os precedentes estão posicionados dentro do contexto do que Miguel Reale chama de modelo hermenêutico do direito no sentido de que o direito, ou o fenômeno jurídico, não se esgotaria nas fontes tradicionais reconhecidas pela doutrina e que se expressa muito além de uma noção centrada na lei como principal fonte do direito;
- 11) Existe um microssistema de precedentes qualificados no direito brasileiro, em que pese alguns deles não se compatibilizar com o texto constitucional, devendo ser feita uma interpretação compreensiva do microssistema de normas, de modo a torná-lo operacional para os outros ramos do direito processual;
- 12) Adotada a premissa de que seriam constitucionais dois dos precedentes listados no artigo 927, do CPC, para os fins desta pesquisa, entende-se que os precedentes qualificados têm aplicabilidade no direito e no processo penal em decorrência do efeito vinculante previsto na CRFB, e para o processo penal em razão da aplicação analógica autorizada pela norma do artigo 3º, do CPP, apesar de posições doutrinária em contrário;
- 13) Não se mostra possível o transplante de técnicas próprias do processo civil, então idealizadas pelo legislador com o objetivo de acelerar procedimentos ou de sumarização da cognição, de modo automático para o processo penal, devendo a aplicação de precedentes qualificados observar as peculiaridades do processo penal;
- 14) Como contribuição nessa discussão, podem ser consideradas pelo juiz para uso de precedentes qualificados no processo penal as seguintes: análise do recebimento da peça acusatória, análise de pedidos de prisões cautelares ou de

eventual revogação daquela outrora concedida e a análise da absolvição sumária, bem como dosimetria de pena, concessão de benefícios da execução penal, entre outros;

- 15) Reconhece-se que a lei escrita, dotada de abstração e generalidade, mesmo quando formulada com o uso da melhor técnica legislativa, demanda interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário, uma vez que os textos normativos podem apresentar termos potencialmente ambíguos que podem causar insegurança jurídica e quebra da isonomia;
- 16) O direito brasileiro não se tornou filiado ao *common law*, ou com traços preponderantes deste, mas que a prática judicial incorporou técnicas mais complexas de revelar o direito, no sentido de problematizar o texto da lei nos espaços de indeterminação, no movimento que a doutrina enxerga como aproximação entre os sistemas jurídicos;
- 17) As razões que justificam adotar um microssistema de precedentes qualificados, aplicável a qualquer ramo do direito brasileiro, sem embargo de posições resistentes, podem ser resumidas na concretização da igualdade, da segurança jurídica e da estabilidade;
- 18) Por outro lado, também constituem razões justificadoras de um microssistema de precedentes: segurança jurídica; igualdade; coerência da ordem jurídica; controle do poder do juiz. garantia da imparcialidade; possibilidade de orientação jurídica; definição de expectativas; desestímulo à litigância; favorecimento de acordos; despersonalização de demandas; maior facilidade de aceitação da decisão; racionalização do duplo grau de jurisdição; contribuição à razoável duração do processo; economia de despesas; maior eficiência do Poder Judiciário;
- 19) Para o processo penal, os precedentes podem ainda ser úteis para facilitar a celebração de acordos que evitam a aplicação de pena privativa de liberdade, facilitando a concessão de penas alternativas e obtenção de benefícios diminuindo o encarceramento;
- 20) *ratio decidendi* constitui as razões necessárias e suficientes que determinam o resultado do julgamento;
- 21) *obiter dictum* que constitui todo e qualquer argumento dispensável para fins de determinação da norma do precedente, cujo objetivo é ilustrar, complementar ou reforçar a argumentação das razões da decisão. São

argumentos ditos de passagem, que nenhuma relevância tem para a decisão proferida;

- 22) A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* constitui uma tarefa muito difícil, de acordo com a doutrina, uma vez que a definição desses elementos é sempre uma atividade retrospectiva, importando em extensa análise do que os julgadores farão nos precedentes qualificados pretendo à sua aplicação;
- 23) O processo interpretativo da *ratio decidendi* não pode ser discricionário e deve observar balizas. A primeira delas, que a *ratio decidendi* deve ser coerente com as questões submetidas ao Tribunal, e deve-se considerar a prática decisória do Tribunal;
- 24) A existência de diálogo entre as cortes constitucionais e a criação de foros internacionais para discussão de direitos humanos deve ser valorizados pelos tribunais brasileiros de modo que o uso de decisões dessas cortes possa ser utilizado como *precedente interpretativo* para formação de sua própria decisão;
- 25) A técnica da distinção consiste na possibilidade de suscitar que determinada questão em um processo não guarda semelhanças fática ou jurídica com o precedente criado pelo Tribunal, de modo a afastar sua aplicação ao caso concreto;
- 26) não existe um método específico para fazer a distinção, uma vez que a identificação de casos é uma tarefa casuística de modo que depende sobretudo da clareza do texto dos julgados a cotejar;
- 27) Casos idênticos, para fins de aplicação de precedentes, seriam aqueles que têm identidade de tese jurídica e que se caracteriza pelos seguintes requisitos: (1) semelhança entre os fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada; e (2) identidade de fundamentos jurídicos desses fatos;
- 28) Superação consiste na revogação excepcional de um precedente por outro proferido pela mesma Corte que o criou ou por uma Corte hierarquicamente superior àquela;
- 29) O *superprecedente* consiste em precedente que por sua importância técnica ou acadêmica, longevidade e indiscutível confiança social, considera-se incorporado na cultura jurídica e, portanto, de inimaginável superação;

- 30) Os chamados deveres estruturantes e de aplicação explicam os valores que asseguram isonomia e segurança jurídica a partir da edição e aplicação de precedentes qualificados;
- 31) As decisões proferidas pelo STF em ações constitucionais e as súmulas vinculantes são precedentes qualificados, por excelência, uma vez que o efeito dessas decisões tem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas três esferas dos entes federativos, previstos na CRFB;
- 32) É importante distinguir qual seria a fonte da vinculação prevista no artigo 927, do CPC, diante do uso do verbo “*observar*” pelo legislador ordinário, o que não pode ser confundido com efeito vinculante.
- 33) Da CRFB emanam indubitavelmente a coisa julgada *erga omnes*, retroativa e geral, e o efeito vinculante, que não são qualidades que os outros precedentes previstos nos demais incisos do artigo 927, do CPC possuem;
- 34) Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade o que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo, são os fundamentos da decisão proferida e não o dispositivo do acórdão;
- 35) A rigor, o STF não seria apenas uma corte de precedentes ou corte constitucional, de acordo com a CRFB que demonstra que o STF possui competências revisoras, em recursos ordinários e extraordinário, bem como competência para processar e julgar ações penais originárias;
- 36) A previsão do efeito vinculante por força do artigo 927, I do CPC, representaria reconhecer expressamente a função nomofilática do STF como Tribunal Constitucional;
- 37) Existe uma dificuldade enorme de extrair a *ratio decidendi* das decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade devido a dispersão de votos e ao modelo de deliberação do tribunal, o qual precisa ser aperfeiçoado, crítica que pode ser estendida aos demais tribunais;
- 38) As súmulas constituem textos que devem ser compreendidas a partir de um olhar hermenêutico, não constituindo necessariamente uma norma, porém resultado da interpretação de um ou mais casos objeto de controvérsia judicial, trabalhada e condensada para ser apresentada como a tese repetida pelo Tribunal;

- 39) O IRDR constitui inovação trazida pelo CPC e consiste em incidente inspirado no direito alemão que se volta à resolver demandas repetitivas (demandas isomórficas) destinando-se à finalidade de fixar tese para evitar decisões contraditórias. Pode ser utilizada no processo penal para resolver questões suscitadas, por exemplo, na fase de execução, contudo não se encontra difundido entre os tribunais o seu uso em matéria penal e processual penal;
- 40) O IAC tem por finalidade prevenir controvérsia sobre determinada matéria ao conferir ao Tribunal, de forma ampla, o poder de orientar a interpretação de determinados textos normativos, objetivando emprestar racionalidade no julgamento de demanda que não representa multiplicidade, sendo essa a característica que o afasta do IRDR;
- 41) Os recursos excepcionais processados sob o regime repetitivo, visando a fixação de tese em casos de demandas semelhantes, estão previstos como precedentes qualificados no inciso III do artigo 927, do CPC e regulamentados nos artigos 1.036 a 1.041, apesar de não encontrar previsão no texto constitucional;
- 42) Haverá presunção de repercussão geral (§3º do artigo 1.035, do CPC) sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF; e tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do artigo 97, da CRFB, bem como nos casos submetidos ao IRDR (artigo 987, §1º, do CPC);
- 43) Nas causas criminais, não existe imanente repercussão geral de todo e qualquer recurso extraordinário criminal apenas porque estaria em jogo, via de regra, a liberdade de locomoção, a qual, se corre risco, poderá ser impugnada na via do *habeas corpus*;
- 44) As cortes de vértice não são tribunais que se destinam apenas a fixar teses, uma vez que têm a missão constitucional de resolver lides, aplicando o direito à espécie;
- 45) São precedentes qualificados a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, artigo 927, V do CPC, os quais, em caráter amplo, abrangem os *acórdãos* prolatados em recursos afetados, revisões criminais, *habeas corpus*, recursos ordinários em *habeas corpus* e ações penais originárias de competência dos tribunais;

- 46) O argumento de autoridade consiste em estratégia para obter o convencimento do interlocutor a partir da menção ao prestígio de alguém ou instituição que avalize a tese defendida;
- 47) No direito empresta-se credibilidade, em geral, aos sujeitos e instituições que trabalham no sistema de justiça, porém, no julgamento de demandas, é necessário cuidado e consideração com todos os argumentos trazidos ao processo que possam justificar ou infirmar a decisão final;
- 48) O argumento de autoridade não constitui necessariamente uma falácia argumentativa, uma vez que o discurso jurídico é construído com base nos institutos e dinâmica próprios, que é moldado e (re)construído pelas opiniões de especialistas.

Conclui-se que o direito brasileiro vivencia um estado de insegurança jurídica no que respeita a legalidade penal, em que pese a importância capital do princípio da legalidade, porque os órgãos de persecução penal não conseguem dar conta de superar todas as demandas da sociedade, havendo perigoso risco de ofensa de bens jurídicos importantes do cidadão (liberdade e patrimônio).

Os precedentes qualificados extraídos de decisões judiciais possuem nível de concretização e densificação mais acentuado do que a lei, considerando as especificidades dos casos concretos e a servir de instrumento hábil para superar esse estado de crise.

Por outro lado, o uso não reflexivo e automático dos precedentes qualificados, dissociado da boa prática hermenêutica, pode também constituir um risco ao devido processo legal, segurança e isonomia, uma vez que pode dar margem a injustiças. Dessa forma, os precedentes qualificados não dispensam a análise pormenorizada dos fatos e dos argumentos favoráveis ou contrários à formação da *ratio decidendi*, muito menos sacrificar o debate por terceiros na condição de *amicus curiae* de modo a legitimar a decisão final.

Considerando a amplitude e complexidade do tema proposto na pesquisa, percebe-se com clareza que pode ser tratado sob os mais variados enfoques como, por exemplo, nos campos da hermenêutica filosófica e da Teoria Geral do Direito, constituindo, sem dúvida, uma genuína fonte material do direito.

Além do mais, o marco teórico proposto projetou os resultados da pesquisa dentro do campo maior do chamado neopositivismo ou pós-positivismo, compreendido como uma reformulação do positivismo jurídico frente ao constitucionalismo contemporâneo, bem como a superação do formalismo na esfera da interpretação do direito.

Nessa ordem de ideias, o pós-positivismo inaugurou nova concepção no modelo de interpretação e aplicação do direito, especialmente por assegurar a distinção entre texto e norma, sendo que a interpretação é um ato de produção de conhecimento condicionado pela historicidade e dialeticidade. A decisão judicial será sempre um ato interpretativo que aumentará o grau de complexidade do direito e não mais uma atividade meramente silogística.

Dessa maneira, a teoria dos precedentes poderá ser transplantada para o direito penal e processual como mais uma ferramenta útil para resolver os problemas de indeterminação do direito e controlar a discricionariedade das decisões judiciais desde que sejam adequadamente utilizadas as técnicas para aplicação do precedente ou para distinção do caso *sub judice*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed., Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 5 out. 1988, 191-A, p. 1.

_____. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 13 out. 1941, Seção 1, p. 1.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CADDOPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità**. 2.ed., Torino, Itália: G. Giappicheli, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios à sério: formação e aplicação de precedentes qualificados e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v.46, n.4, **Stanford Law Review**, 1994, p. 817–873. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1229094>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes qualificados judiciais: teoria e dinâmica**. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. 4.ed., Oxford: Clarendon Press, 2004.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica para interpretação jurídica**: breviário para juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (e-book Kindle)

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2179-2185.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6.ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 14.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2019.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 17.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2020.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FEIO, Thiago Alves. **Precedentes qualificados vinculantes**: ativismo judicial e (in)segurança jurídica. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 947. In. STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1225-1227.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 950, p. 199-231, dez. 2014.

GABRIEL, Anderson de Paiva; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. PORTO, José Roberto Mello (Orgs.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: panorama e perspectivas. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 401-426.

GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes qualificados judiciais no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2022.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Oxford University Press. 2008. (edição do Kindle)

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 15ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; BRAGANÇA, Pedro Augusto Gomes de Oliveira. O princípio do estado de inocência e a atuação do Supremo Tribunal Federal: historicidade e (des)continuidades em suspense na contemporaneidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Maranhão, v.3, n.2, jul/dez, 2017. p. 63-84.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020. (e-book Kindle)

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes qualificados vinculantes no Processo Penal**. Salvador: Juspodvm, 2018.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020b.

_____. **Manual de Processo Penal. Vol. único**. 8.ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020a.

_____. **Súmulas criminais do STF e do STJ comentadas**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

_____. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. (e-book Kindle)

MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel. Further general reflections and conclusions. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel; GOODHART, Arthur L. **Interpreting precedents: a comparative study**. Oxford: Oxford University Press, 1997. Cap. 18, p. 531-550.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes qualificados judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2019.

_____. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes qualificados judiciais. In: Fredie Didier Jr. et al. (Coord.). **Precedentes qualificados**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 3.ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes qualificados obrigatórios**. 6.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes qualificados**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentando**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; GAJARDONI, Fernando (Orgs.). **Coleção Repercussões do Novo CPC**. v.1. Magistratura. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 145-228.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. **Incidente de assunção de competência**. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16.ed., São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP – e-book kindle)

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes qualificados**: da persuasão à vinculação. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8.ed., Salvador: Juspodvm, 2019.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. PEDRON, Flávio Quinaud. Art. 1034. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1377-1380.

PALHEIRO, Antonio Saldanha. Cabimento do incidente de assunção de competência em matéria penal. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello

(Orgs.). **Incidente de resolução de demandas repetitivas: panorama e perspectivas.** Salvador: Juspodvm, 2020. pp. 111-116.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** 4.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e especial.** 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes qualificados no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Diálogo judicial internacional.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2016.

RAMOS NETO, Newton Pereira. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional.** Salvador: Juspodvm, 2019.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROMESÍN, Francisco Maturana; GARCIA, Humberto J. Varela. **De máquinas y seres vivos autopoiesis: la organizacion de lo vivo.** 6.ed., Santiago: Editorial Universitaria, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.** Cambridge: Harvard University Press, 2009. (e-book kindle)

_____. **Authority and authorities.** Virginia Law Review, v. 94, p. 1.931-1.961, 2008. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/articles/authority-and-authorities/>. Acesso em: 12 out. 2020.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie, A typology of transjudicial communication. University of Richmond. **Law Review**, n. 99, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015.** 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Precedente e jurisprudência. **Revista civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/189>. Acesso em: 20 jan. 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEUBNER, Günter. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2005. (e-book Kindle)

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo Código de Processo Civil**: fundamentos e sistematização. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2.ed. rev. mod. e ampl. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Fórum, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Revista Jurídica**, n. 281, p. 49. Porto Alegre, 2001.

TUSHNET, Mark. **The inevitable globalization of constitutional law**. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Harvard Law School. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766. Acesso em: 21 jan. 2022.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLET, Andre; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm; 2013, p. 329-348.

VELOSO, Roberto Carvalho. **A inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária**. 2008. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife-P. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4149>. Acesso em: 21 jan. 2022.

WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. 2.ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes qualificados e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes qualificados**: teoria dos precedentes qualificados normativos formalmente vinculantes. 5.ed., Salvador: Juspodivm, 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.