

A inserção dos precedentes judiciais no sistema processual penal com a sanção da lei 13.694/19 (pacote anticrime)

Gustavo Gottardi¹

RESUMO

Com a sanção da lei 13.694/19, ocorreu uma alteração substancial no sistema penal brasileiro, resultando num acirrado debate na doutrina sobre os avanços e retrocessos implementados pelo legislador. O ponto fulcral do presente artigo reside exatamente nas alterações realizadas na parte das prisões cautelares, notadamente, no art. 315, § 2º que de forma silenciosa inseriu no sistema processual penal os precedentes judiciais, trazendo o art. 489, § 1º, do CPC, em sua integralidade, para dentro do sistema processual penal, o que fatalmente irá gerar os mesmos debates e problemas de (in) aplicabilidade dos precedentes que ocorreram no CPC. Com a alteração do artigo 638 do CPP, remetendo o processamento dos recursos extraordinários e especiais na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos regimentos internos, chancela o que os Tribunais já vinham fazendo, ou seja, aplicando a sistemática do CPC quando ocorre a interposição dos Recursos Extraordinários e Especiais no sistema processual penal.

O legislador penal inseriu, com a lei 13.694/19, notadamente, através dos artigos 315, § 2º e 638, do CPP, a sistemática dos precedentes judiciais, desenvolvida pelo legislador do CPC de 2015, que acabou se espalhando para todo sistema jurídico, com toda problemática para seu efetivo desenvolvimento que a doutrina e a prática judiciária vêm mostrando, tornando-se muito mais complexa a sua aplicabilidade em matéria penal, conforme será tratado brevemente no presente artigo.

Vejamos os artigos:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela lei 13.964, de 2019)

¹ □ Mestre e Doutor (ITE – Bauru), Advogado, com experiência na área de Direito processual penal, civil e constitucional. Conselheiro Federal da OAB/MS (2016/2018), Membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB (2016/2018), Presidente da OAB/Subseção Três Lagoas-MS (gestão 2019/2021), Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul (ADPMS), autor de livros e artigos jurídicos.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

I - Limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela lei 13.964, de 2019)

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 13.964, de 2019)

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 13.964, de 2019)

Os incisos V e VI, do § 2º do art. 315 do CPP, juntamente com o art. 638 do mesmo diploma processual, trouxeram, juntamente com os precedentes, toda sistemática recursal pertinente aos recursos especial e extraordinário, da lei 13.245/16, que impediu o desenvolvimento do sistema de precedentes após a alteração feita pelo legislador.

O Código de Processo Civil de 2015 buscou inaugurar um novo modelo de processo, na medida em que os direitos fundamentais processuais passaram a ocupar o centro do sistema processual, assim, juntamente com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º e 2º), o espírito do código foi a tentativa de dar coerência, estabilidade e integridade ao sistema jurídico (art. 926 e 927), inserindo um sistema de precedentes judiciais (GARCIA MEDINA, José Miguel. Direito processual Civil Moderno. 2ª Edição, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 77)

O Código foi sancionado com falhas, mas, o legislador avançou, e, de certa forma, havia alcançado sua finalidade – pelo menos no plano teórico – ao estabelecer um sistema de precedentes que, com o tempo, traria estabilidade, coerência e integridade ao sistema jurídico, que foi tangenciado com sua alteração, antes mesmo de sua entrada em vigor, com a lei 13.256/16, alterando o juízo de admissibilidade para os recursos extremos, retornando aos tribunais de segundo grau, e, por trás dessa alteração, restou clara a intenção do legislador de impedir que o jurisdicionado realizasse a superação dos precedentes formados pelas Cortes Superiores.

Dessa forma, o legislador do CPC de 2015, construiu um sistema de precedentes judiciais, densificados pelos artigos 926, § 1º e § 2º, 927, incisos I, II, III, IV, V, e §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, 928, incisos, I e II, 489, § 1º, incisos V e VI, e 988, que foram fortemente tangenciados pela alteração da lei 13.256/16, impedindo o desenvolvimento dos precedentes, mas, mesmo assim foi inserido pelo legislador penal, no pacote anticrime.

O artigo 926 estabelece que os tribunais deverão manter suas jurisprudências estáveis, coerentes e íntegras, sendo necessário enfatizar, nesse primeiro momento, que a palavra correta não seria jurisprudência, mas sim, precedentes, devendo essa confusão conceitual ser esclarecida de início, já que a intenção do legislador é a busca da racionalidade e não a continuidade de um sistema jurisprudencial tendo força meramente persuasiva, como sempre ocorreu com o sistema do CPC de 1973. (ZANETI JR, Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª Edição, Revista e atualizada, Editora JusPodium, Salvador- BA, 2016, 362-366)

O precedente judicial se encontra na fundamentação da decisão (*ratio decidendi*) e, portanto, é ela que possui vinculatividade, mas, para que tenha coerência e integridade, torna-se imprescindível que os mesmos princípios que foram utilizados nas decisões paradigmáticas (ou decisão paradigma) sejam utilizados nos casos presentes e futuros.

Para que seja alcançada a coerência, conforme propugnado pelo texto do código (art. 926), os precedentes só podem fazer parte da teoria da decisão, não podendo ser considerados uma mera preocupação para dar uniformidade ao sistema como já ocorria no sistema processual do CPC de 1973, com

jurisprudências persuasivas que sempre fizeram parte da tradição do sistema do *civil law*.

O Novo CPC inaugurou um sistema de precedentes judiciais que busca trazer uma unidade nas decisões judiciais, transformando determinados casos concretos em precedentes normativos formalmente vinculantes, impondo tanto aos juízes quanto aos Tribunais, bem como às Cortes que os criaram, uma observância obrigatória, emitindo uma mensagem de segurança, estabilidade e coerência para a sociedade, rompendo com o paradigma da filosofia da consciência que vigora há décadas no sistema jurídico, que autorizava os juízes a decidirem da maneira que bem entendessem, sem que precisassem analisar todos os argumentos apresentados pelas partes, e, pior ainda, não precisavam seguir as jurisprudências das Cortes Superiores, gerando uma verdadeira loteria das decisões judiciais.

2 Uma breve análise sobre a impossibilidade de aplicabilidade dos precedentes judiciais no sistema processual penal

Analizando algumas decisões proferidas, após a negativa de Recurso Especial ou extraordinário, não têm sido dado o encaminhamento correto a alguns recursos, a exemplo de Agravos interpostos contra decisões que negam seguimento ao Recurso Extraordinário/especial, sendo os mesmos recebidos como Agravos Internos, nos termos do art. 1.021, do CPC, baseando-se no art. 1.030, Inciso I, “a”, do CPC, quando, o correto e constitucionalmente adequado seria recebê-los com fulcro no art. 1.042², do CPC.

² O artigo 1.042 do CPC assevera o seguinte:

“Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

§ 2º. A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrerestamento e do juízo de retratação.

§ 3º. O Agravado será intimado, de imediato, para oferecer resposta no prazo de 15 dias.

De acordo com Gustavo Henrique Badaró³,

“com ou sem contrarrazões, vencido o prazo de 15 dias, o agravo necessariamente deverá subir ao STJ ou STF, conforme o caso, não podendo o Presidente do Tribunal Local negar-lhe seguimento. É o que se infere dos termos categóricos da parte final do § 4º do art. 1.042 – após o prazo da resposta, (...) o agravo será remetido ao Tribunal superior competente” (destacamos)”.

O Enunciado de Súmula 727⁴ do STF pacífica este entendimento. Vejamos:

“Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente à causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.

Não haveria outro caminho aos Tribunais, a não ser encaminhar o Recurso Extraordinário/Especial ao Tribunal Superior competente, sem fazer uma hermenêutica restritiva, ferindo de morte o devido processo legal, compatível com a sistemática processual penal constitucional, onde o direito à liberdade é o direito fundamental que deve prevalecer.

Já que é para aplicar o CPC, que seja aplicado em consonância com o art. 1.042, remetendo o Recurso Extraordinário e/ ou Especial interposto ao STF/STJ, pois, o art. 1.030 do CPC foi alterado pouco antes da entrada em vigor do CPC de 2015, ferindo todo o sistema de precedentes idealizado pelo

§ 4º. Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

§ 5º. O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial e extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo.

§ 6º. Na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

§ 7º. Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e, havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º. Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado”.

³ Manual de Recursos Penais, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 403.

⁴ A referida Súmula continua válida e aplicável contra a decisão denegatória do recurso especial e extraordinário, no novo CPC.

legislador, além de ter por intuito único a criação de uma verdadeira barreira de acesso às Cortes Superiores⁵.

Dessa forma, o problema já está criado no âmbito da sistemática processual civil, tendo sido trazida essa problemática para o processo penal.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o direito fundamental ao processo justo, ao asseverar, em seu art. 5º, inc. LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo um modelo mínimo a ser seguido pelo Estado e pelos particulares em suas atuações processuais, a fim de se alcançar decisões justas dentro do processo.

É um modelo mínimo de conformação do processo, considerado pela doutrina como um modelo em expansão, eis que desconhece cada vez mais seus limites e fronteiras, sendo concretizado e moldado de acordo com os casos concretos e cada vez mais aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional.

Dessa forma, o legislador constitucional desenhou um modelo constitucional de processo, determinando a observância de todos os princípios especificados no rol do art. 5º da Constituição Federal, para que o processo se desenvolvesse de forma democrática, oportunizando aos jurisdicionados e cidadãos não só um acesso à justiça, mas, acima de tudo, um processo democrático com respeito ao devido processo legal, ao contraditório, ampla defesa e todos os princípios existentes no plano constitucional.

Portanto, a análise do juízo de admissibilidade desses recursos, na sistemática processual penal, realiza-se com a singela verificação da subsunção dos fundamentos recursais que são afirmados pelo recorrente às hipóteses do art. 102, inc. III e 105, III, da Constituição Federal de 1988, sem discussão do mérito, pois a efetiva violação da Constituição Federal é matéria de mérito a ser analisada somente pelas Cortes Superiores.

Importante trazer à baila um pequeno histórico da mudança do sistema recursal na sistemática processual civil, demonstrando o erro e o problema criado naquele âmbito, não podendo ser transferido para o sistema processual penal uma norma que restringe o devido processo legal.

⁵ GOTTARDI, Gustavo. Os Precedentes Judiciais e a Impossibilidade de Superação. Ed. Contemplar, Campo Grande-MS, 2018.

O Código de Processo Civil de 1973 previa um duplo juízo de admissibilidade desses recursos, sendo o primeiro realizado pelo Tribunal *a quo*, onde raramente esses juízos de admissibilidade eram positivos, pois, já há algum tempo as jurisprudências defensivas vinham sendo aplicadas mecanicamente, sendo os recursos enviados para as Cortes Superiores, após a negativa de admissibilidade e interposição de agravo no recurso especial ou recurso extraordinário, diretamente.

Quase na totalidade dos casos, esses recursos somente chegavam a um segundo juízo de admissibilidade nas Cortes Superiores através de agravo (no Resp ou no RE), sendo que nesse momento, a rigidez era ainda maior na análise desse juízo, evitando-se ao máximo o julgamento do mérito do recurso.

O Código de Processo Civil de 2015, no § 3º do art. 1.029, quando publicado, através da lei 13.105/15, tinha o intuito de diminuir essa burocracia, pois, flexibilizava o acesso do jurisdicionado às Cortes Superiores.

O acesso aos Tribunais Superiores foram claramente facilitados quando o Novo Código de Processo Civil foi sancionado, em 18 de março de 2015, com a retirada do juízo de admissibilidade do tribunal de origem, inserindo apenas um único juízo de admissibilidade que deveria ser realizado somente nas Cortes Superiores e, ainda, com o dispositivo acima (art. 1029, § 3º) para facilitar o acesso.

Ocorre que pouco tempo antes do fim do prazo da *vacatio legis* e sua entrada em vigor, houve nova alteração na lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), através da lei 13.256/16 e, dentre as mudanças, encontra-se o retorno do juízo de admissibilidade para os tribunais inferiores, com outros agravantes.

O art. 1.030 do Código de Processo Civil de 2015, com a lei 13.256/15, nasce eivado de constitucionalidade, eis que foram inseridos requisitos negativos de admissibilidade desses recursos que não constam no rol exaustivo dos arts. 102, inc. III e 105, inc. III da Constituição Federal, de fundamentação vinculada, com a inserção de uma verdadeira barreira de acesso às Cortes Superiores.

Mas, já que restou considerado constitucional naquele âmbito, o mesmo não acontece no sistema processual penal, no mínimo, por falta de uma norma infraconstitucional autorizadora, devendo-se aplicar o recurso existente no Código de Processo Penal, sendo o Agravo no Recurso Extraordinário/Especial, que se coaduna com o recurso do art. 1.042 do CPC.

Muito comum a aplicação mecânica do tema 800 do STF, do juizado especial, mesmo em matéria penal, sob alegação da existência de um precedente judicial que demonstra a inexistência de repercussão geral ao *julgamento das causas submetidas ao rito do Juizado Especial*, desta forma, o *agravo interposto acaba sendo recebido como agravo do art. 1.021 do CPC, adequando-se ao texto do art. 1.030, I, “a” do CPC*.

O precedente do STF é o seguinte:

“800 - Presunção relativa de inexistência de repercussão geral dos recursos extraordinários interpostos nas causas processadas nos Juizados Especiais Cíveis da lei 9.099/95”. (Obs.: Título aperfeiçoado pelo Relator quando da publicação da tese, em 10/04/2018 (conforme Processo STF/SEI 010927/2017). Redação original: Viabilidade de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Juizado Especial Cível da lei 9.099/95 em matéria de responsabilidade pelo adimplemento de obrigação assumida em contrato de direito privado).

Para aplicação de um precedente a um caso concreto, imprescindível à análise das razões de decidir (*ratio decidendi*) do precedente e realizar um cotejo para verificar se seria idêntico ao caso concreto.

Sem falar que tal aplicabilidade só pode ocorrer na sistemática processual civil, na medida em que não há norma constitucional, tampouco infraconstitucional, na sistemática penal, notadamente se for para restringir direitos.

Realizada a identificação da *ratio decidendi* do precedente judicial, sua “[...] força jurídica manifesta-se somente nos casos de litígios com objeto idêntico”, portanto, “[...] os casos devem ser suficientemente iguais [...]”, conforme assevera Alexy, sendo que “[...] as regras de decisão dessa espécie são reiteradamente aplicadas” (Teoria dos Direito Fundamentais, ALEXY, 2008, p. 555-557).

Para aplicação do precedente será necessário que seja feita análise da *ratio decidendi* do caso concreto do qual a mesma emergiu, com o caso a ser julgado, fazendo o devido cotejo de suas circunstâncias fáticas para verificar se há uma perfeita adequação entre os dois casos e, se os casos forem “suficientemente iguais”, aplicam-se os precedentes e, muitas vezes, diferenças fáticas entre os casos não são suficientes para que não haja a aplicação dos precedentes (ALEXY, 2008, p. 555-557).

Para que seja realizado o *distinguishing* temos como pressuposto lógico a identificação da *ratio decidendi* do precedente que será aplicado e, de acordo com Marinoni, considerando os fatos principais que foram levados em consideração para formação do precedente, deve-se delimitar a *ratio decidendi* para que o mesmo seja aplicado no caso em concreto, ou, seja realizado o *distinguishing*: [...] de modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um ou de outro são diversos (MARINONI, 2013, p. 325).

Dessa forma, não há que falar da aplicação do Tema 800 do STF, nos processos penais que envolvem os juizados especiais, tampouco da aplicação da sistemática processual civil – notadamente os precedentes judiciais-, na esfera penal, pois as razões de decidir do tema 800 do STF, não se aplicam aos casos penais, na medida em que o mesmo se refere única e exclusivamente ao âmbito dos juizados especiais cíveis.

Também não podemos admitir a aplicação das normas processuais civis, notadamente a sistemática dos recursos extremos, implementadas pelo legislador do CPC, no processo penal comum, aplicando-se as regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal, remetendo os recursos às Cortes Superiores, em sintonia fina com a Constituição Federal.

Referências

- STF**, MS 25.787/DF, Pleno, j. 08.11.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007, p. 32.
- STF**, AgRg no AgIn 666.723/SC, 1.^a T., j. 19.05.2009, rel. Min. Carlos Britto.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Direito jurisprudencial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CIMADI, Claudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Eduardo Talamini e Tereza Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo *et al.* (orgs.). **Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie; MACEDO, Lucas Buril de (coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015
- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. Nelson Nery Junior e Tereza Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.
- GARCIA MEDINA, José Miguel. **Direito Processual Civil Moderno**. 2ª Edição, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 77
- GOTTARDI, Gustavo. **Os Precedentes Judiciais e a Impossibilidade de Superação**. Ed. Contemplar, Campo Grande-MS, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo, 2012, p. 63)
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O QUE É ISTO- O PRECEDENTE JUDICIAL E AS SÚMULAS VINCULANTES?**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, RS, 2013, p. 38- 40.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª Edição, Editora Saraiva, 2014)
- ZANETI JR. Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª Edição revista e atualizada, Editora JusPodium, Salvador, BA, 2016, p. 291-294.