

PRECISAMOS FALAR SOBRE PRECEDENTES EM MATÉRIA PENAL

WE SHOULD TALK ABOUT JUDICIAL PRECEDENTES IN CRIMINAL CASES

Thaila Fernandes da Silva

Mestranda em Direito Processual pela UFES.

Graduada em Direito pela UFES. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6768483371448845>

ORCID: 0000-0003-2874-3140

thailafs@hotmail.com

João Guilherme Gualberto Torres

Mestre em Direito Processual pela UFES. Graduado em Direito pela UFES.

Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6820163250851605>

ORCID: 0000-0002-0465-9414

joao@saegualberto.adv.br

Resumo: Os precedentes em matéria penal não têm merecido a devida atenção da doutrina brasileira. Diante dos muitos problemas implicados ao processo penal e da relevância dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo envolvidos nos julgamentos penais, urge debruçar sobre a formação e a aplicação dos precedentes em Direito Penal. Há princípios e particularidades do Direito Penal que impedem a importação acrítica das construções feitas para o processo civil. Apontam-se, no texto, problemas observados na prática judiciária cotidiana, a fim de contribuir para o avanço da pesquisa.

Palavras-chaves: Processo Penal - Direito Penal - Precedentes.

Abstract: The judicial precedents in criminal cases did not receive due attention from Brazilian doctrine. However we should talk about the implications of precedents in criminal procedure as the supposed violation of fundamental rights and individual guarantees in criminal trials. There are many criminal principles and important features that preclude uncritical adoption from civil procedure to criminal procedure. This article concerns issues of relevant judicial practices to contribute to the development of the research.

Keywords: Criminal Procedure - Criminal Law - Precedents.

O ensaio visa contribuir com o diálogo inaugurado pelos professores **Alexandre Moraes da Rosa** e **Maurílio Maia** (2020). O problema é grande, não tem merecido a devida preocupação da doutrina e não se limita ao caso do acórdão confirmatório como marco interruptivo do prazo prescricional (TORRES; LIMA, 2016; SILVA, 2020). Expõem-se angústias acerca do tratamento dispensado aos precedentes em matéria penal, sendo ainda muito poucos os trabalhos que se detiveram no tema (GALVÃO, 2019; KIRSCHER, 2018).

Assentam-se duas premissas: 1) STF e STJ firmam “precedentes” em matéria penal (Direito Penal, Direito Processual Penal e execução penal) diariamente, por meio de “teses” (como se fossem enunciados assertóricos plenipotenciários e que esgotariam toda a interpretação), e o fazem em nos mais variados meios (questão de ordem, ação penal, *habeas corpus*, recurso extraordinário, recurso especial etc.); 2) a Lei 13.964/19 trouxe, expressa e isoladamente, a palavra “precedente” (CPP, art. 315, §2º, V e VI), sem normatização no que tange ao processo penal, a fim de complementar o sentido atribuído ao vocábulo.

Está-se jogado no meio de um caminho em que se cogita que o uso de precedentes em matéria penal é pacífico, reflexo de um senso comum teórico (Warat) – acomodado em soluções simplórias (quando não silentes), sem compreensão dos fundamentos sobre os quais se deve estruturar o conhecimento teórico e dogmático crítico.¹

Diante de vazios, o processo civil tem, uma vez mais, emprestado suas roupas inadequadas ao processo penal (CARNELUTTI, 1961; LOPES JR, 2020), na construção falaciosa de uma teoria geral do processo ou de uma pretensa teoria geral dos precedentes, que ignora as idiossincrasias do caso penal. Não se trata de debater posse ou patrimônio, senão liberdade – móvel constitutivo da dignidade da pessoa humana, pilar edificante do Estado Democrático de Direito –, e institutos e teorias inerentes ao processo penal não devem obnubilar esse princípio.

O processo penal constitui garantia do acusado, colocando-se a serviço da concretização do projeto democrático (PRADO, 2005),

instrumentalizando direitos e garantias constitucionais, limitadores do exercício do poder (LIMA, 2014, p. 18); garantias imprescindíveis à aplicação de precedentes em matéria penal.

O artifício da aplicação analógica das disposições do CPC ao processo penal parece ser a válvula de escape para o sonho dogmático de aceitação irrefletida dos notórios avanços no processo civil (“quando Cinderela terá suas próprias roupas?”²).

É cogente atentar aos precedentes, dialogar e confrontar com o processo civil, mas ao final costurar roupas sob medida ao Direito Penal, que garantam adequação democrático-constitucional. E nem se ignore que a modificação do art. 638, do CPP, adéqua-se a esse imaginário de suposta compatibilidade com o processo civil.

A carência de um novo CPP ganha foros de dramaticidade frente a modificações pontuais, que ignoraram o foco do problema (COUTINHO, 2019, p. 261-270), das quais a mais recente reforma não é exceção (é preciso mudar a mentalidade), e diante da ausência de uma disciplina própria dos recursos excepcionais em matéria penal.

Seguem as angústias quanto à aplicação dos precedentes penais:

1. Princípio da legalidade

Nullum crimen et nulla poena sine lege. De um lado, veda-se a criação de tipos penais na via judicial, posto que dependente de lei em sentido estrito (sistema de garantias) (FERRAJOLI, 2014), com consequente vedação da analogia *in malam partem* (ZANETI JR., 2019, p. 410-414); de outro, consequência dos corolários princípios da taxatividade e da fragmentariedade, o contraste jurisprudencial desponta como patologia da pretensa uniformização de entendimento e indevida ampliação do alcance do Direito Penal (CADOPPI, 2015, p. 128).

A atividade interpretativa dos Tribunais não induz a delegação da atividade legiferante, reservada precipuamente ao Legislativo. A consequência de criação de tipos penais abertos, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados é uma zona indefinida da proibição, incompatível com o sistema de garantias (ZANETI JR., 2019,

p. 414-416).³ Os princípios penais devem conduzir ao fechamento interpretativo, em razão de sua normatividade – são deontológicos –, para, justamente, evitar discricionariedades (STRECK, 2020, p. 369-376).

A interpretação pelos Tribunais pode levar a sérias implicações no âmbito penal, tal como a majoração do crime de roubo por “emprego de arma”, em face da utilização da arma de brinquedo (entendimento outrora sumulado) (ROSA; KHALED JR., 2018), solúvel apenas pelo constrangimento constitucional.

2. Irretroatividade como regra

O princípio da irretroatividade deve compreender as construções normativas (interpretação). Enganoso pensar que “lei penal” se refere ao texto, e não (também) às normas jurídicas a partir dele construídas, dada a compreensão do fenômeno do Direito dentro do paradigma da filosofia da linguagem. “O sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto” (STRECK, 2019, p. 9).

As interpretações devem passar pelo filtro constitucional, não operando efeitos sobre fatos ocorridos antes da consolidação da interpretação pelo Tribunal. Se o sentido é atribuído pela Corte, cuja construção consta na decisão paradigma, submete-se ao crivo constitucional da irretroatividade. Curioso observar que a LINDB, em seu art. 23, prescreve que

a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre o conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (BRASIL, 1942).

Com muito mais rigor, no Direito Penal, quando entra em cena a liberdade.

Ainda, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ressalta a vedação à aplicação retroativa da nova interpretação. O Direito Penal não pode ficar à margem dos avanços observados em outros ramos jurídicos.

De outro lado, a construção normativa benéfica ao indivíduo deve sempre retroagir, sob pena de violação ao princípio da isonomia, adequado à formação dos precedentes, na medida em que visa ao tratamento igual a casos penais análogos.

Segundo **Juarez Tavares**,

[a] proibição de retroatividade se estende à variação da jurisprudência, já consolidada pelos Tribunais em súmulas ou decisões repetidas, quando essa implique não apenas uma alteração de concepção jurídica, senão uma forma de integração legislativa; “a jurisprudência consolidada pelos Tribunais integra o conceito de direito e de lei penal para os efeitos da proibição de retroatividade. (2020, p. 75)

Modificar interpretação é atribuir novo sentido ao texto, e sua retroatividade, se maléfica, torna-se inadmissível, porquanto alterada, no futuro, a forma como o sujeito devia ter se comportado

no passado, ao qual não lhe é mais permitido voltar. Haverá inegável quebra da confiança na ordem jurídica, com afetação direta da liberdade de escolha e orientação.

Destarte, “sempre que o juiz empresta novo sentido às expressões que integram a descrição típica e o faz desfavoravelmente ao réu ou se baseia em critérios ambientais, ocorre importante afronta ao princípio da legalidade” (GOMES, 2008, p. 144), daí que somente pode ser aplicada a mudança prospectivamente (*prospective overruling*), pois se afigura contraditório conceber a irretroatividade no “plano abstrato” e não no “plano concreto” (GOMES, 2008, p. 148).

Não se trata de “mera consolidação da jurisprudência prevalente” (VITAL, 2020), visto haver atribuição de sentido em face do texto legal (PIMENTEL, 2016).

3. Contraditório e dever de fundamentação

O contraditório, significante estruturante do processo penal (MINAGÉ, 2019), impõe prévio dever de consulta às partes na adoção de precedentes em um caso penal, para que se manifestem sobre sua adequação àquele caso concreto, vedadas decisões surpresas (CPC, art. 10).

Ouvidas as partes, o precedente apenas será aplicado ou afastado se fundamentadamente demonstrada a identidade ou não (*distinguishing*) com o caso penal.

4. Não suspensão do curso prescricional

A inexistência de procedimento específico tem implicado a adoção de mecanismos havidos no processo civil, a ponto de constituir, via decisão judicial, causa suspensiva de lapso prescricional em decorrência da suspensão dos processos afetados pela repercussão geral (STF, RE 966.177/RS QO).

Ao ressaltar os casos de réus presos e de inquiridos policiais, afronta-se a isonomia, pois abre espaço para decisões divergentes em relação aos processos que permaneceram em curso – o que recrudescerá a problemática apontada acima sobre a (ir)retroatividade.

5. Fortalecimento da coerência e da integridade

Buscar a coerência e a integridade (CPC, art. 926) implica revolver o chão linguístico no qual está assentada a tradição da decisão para que, elevando ao grau de precedente, justifique a decisão no novo caso submetido. Coerência e integridade viabilizam segurança e igualdade no caso concreto (STRECK; ABBUD, 2015).

Recentes alterações no CPP não trouxeram mecanismos de formação, aplicação e impugnação dos precedentes. O CPC é insuficiente ao atendimento dos reclamos expostos, percebido inclusive pelo rol do art. 927, ao ignorar importantes instrumentos de fixação de “teses” no processo penal, como o HC (TORRES; SILVA, 2019; YAMAMURA; SPEXOTO, 2020). A normatização é urgente.

Não há espaço para negacionismos. É preciso falar sobre precedentes em matéria penal, com devida atenção, sob pena de flagelo maior das liberdades do indivíduo.

No Estado Democrático de Direito, uma teoria dos precedentes penais deve estar comprometida com o projeto democrático, limitando o poder e velando por direitos e garantias fundamentais.

Notas

¹ “Encastelados em um saber marcado pelo *sensu comum teórico*, na feliz expressão de Warat, impressiona a imensa dificuldade de se romper com o erro. Falta, como parece sintomático, humildade. Sabe-se sobre o erro, não raro grosseiro, mas persiste nele sem razão, por pura força de inconsciente, numa luta que pelo sintoma faz-se ver como interna, mas que se projeta para fora, sustentando – e às vezes eternizando – o sofrimento.” (COUTINHO, 2019, p. 229)

² “O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como

a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável!” (LOPES JR., 2020, p. 66)

³ Guardado o paradigma filosófico, enuncia Beccaria: “Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas.” (2011, p. 33)