



Opinião: Para que serve, afinal, a jurisprudência?

A necessidade de harmonização da jurisprudência pelos tribunais, assim como o consectário dever de mantê-la estável, íntegra e coerente (características inerentes à sua própria existência), alavancado recentemente também pelo Código de Processo Civil (artigo 926 e seguintes), devem guiar não só a atuação jurisdicional do magistrado, mas a de todos os atores do sistema de Justiça em suas manifestações, sendo fundamental para um Estado que se diz democrático de Direito a aplicação isonômica da mesma solução jurídica a situações fáticas semelhantes, notadamente em matéria criminal. Mais caros aos indivíduos: a liberdade.



O respeito aos precedentes e à jurisprudência, principalmente

dos tribunais superiores, além de contribuir para desafogar a justiça criminal, reduzindo o número de recursos e Habeas Corpus, traz segurança jurídica, respeito à hierarquia das instâncias, igualdade perante a jurisdição, reduz os decisionismos e evita que o processo se torne uma verdadeira *loteria judiciária* [\[1\]](#).

Para tanto, um sem número de institutos e instrumentos jurídicos foram criados, indicando a necessidade premente de respeito e aplicação da jurisprudência dos tribunais superiores: ADI, ADC, ADPF, efeito vinculante, reclamação constitucional, enunciados de súmula, súmulas vinculantes, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, possibilidade de decisões monocráticas pelo relator dando ou negando provimento aos recursos etc.

Ademais, para que todos os juízes, independentemente de sua localização geográfica na imensidão do Brasil, tenham acesso à jurisprudência, os tribunais superiores disponibilizam em seus sítios eletrônicos publicações jurídicas e ferramentas avançadas de pesquisa, como informativos periódicos de jurisprudência, jurisprudência em teses, publicações de revistas de recursos repetitivos e súmulas, pesquisas de acórdãos repetitivos e IACs, tudo devidamente compilado, categorizado e organizado por edição ou ramo do Direito.

Outrossim, dialogando com as normas processuais civis, não é difícil de se perceber — até porque seria inimaginável concluir que a segurança jurídica seria desnecessária aos casos criminais — que processos penais também devem observância ao comando trazido pelo CPC/2015, quanto ao sistema de precedentes, naquilo que for compatível.



No que pesem as justas ponderações e reflexões de abalizada doutrina, em especial de Streck [\[2\]](#), quanto à *"maneira como são compreendidas as súmulas vinculantes no interior do pensamento dogmático do direito, estas se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos, variações do esquema sujeito-objeto"*, impõe-se ao judiciário, *de cima a baixo*, que suas decisões sejam coerentes, harmônicas e racionais, sem que isso signifique violação ao "livre convencimento" do magistrado no caso concreto, pois exige-se que os juízes elaborem seus argumentos com respeito à integridade do Direito, que é construída também a partir do respeito às decisões judiciais e precedentes.

Contudo, o cotidiano da Justiça Criminal mostra que *parte* dos juízes e membros do Ministério Público — estes ainda se dizendo fiscalizadores *"da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* (artigo 127, *caput*, da CF) — parecem não muito preocupados com essa "nova" tendência, especialmente em casos em que a jurisprudência de alguma forma "favoreça" teses defensivas.

O constante e normalizado *desrespeito* à jurisprudência dos tribunais superiores, que conta com a chancela em especial dos Tribunais de Justiça (veja [aqui](#) as críticas de ministro Schietti) acaba, por consequência, elevando consideravelmente a quantidade de recursos extraordinários (gênero) nas instâncias superiores. Abarrotadores dos tribunais, os recursos e remédios constitucionais passam a ser endemoniados pelas próprias cortes ao argumento falacioso de que seriam em número excessivo e teriam a finalidade de protelar o trânsito em julgado.

Trazemos à guisa alguns exemplos que acreditamos ser elucidativos da reflexão ora lançada.

O STF decidiu, nos autos do HC 188.888, julgado pela 2ª Turma, ser incabível que um juiz converta de ofício a prisão em flagrante em preventiva. Esse mesmo entendimento vigora no STJ, destacando-se a decisão da 3ª Seção do Egrégio Tribunal, nos autos do RHC 131.263. A razão de ser dessa vedação é que, para além de expressa previsão legal (artigos 282, §2º, 311, do CPP), nosso processo penal é parametrizado pelo sistema acusatório, e, por óbvio, a figura de um juiz protagonista macula a sua imparcialidade. A teoria da dissonância cognitiva [\[3\]](#) explica que, quando um magistrado decreta uma prisão preventiva de ofício, sua postura ativa contamina, muitas vezes involuntariamente, suas posteriores decisões no curso do processo.

Apesar desse posicionamento jurisprudencial, alinhado com todo um arcabouço teórico e constitucional que subsidia a temática, ainda é usual que juízes decretem prisão preventiva sem pedido prévio do Estado acusador, bem como convertam, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva nas audiências de custódia. Trata-se de um desserviço ao Estado democrático de Direito.

Outro exemplo diz respeito à resistência da implementação das audiências de custódia para as prisões preventivas, temporárias e definitivas. Explicamos! Nos autos da Reclamação Constitucional nº 29.303, mais precisamente em 12/12/2020, o ministro Edson Fachin determinou a realização de audiência de custódia para todas as modalidades de prisão, decisão essa que foi expandida, em razão de pedido de extensão, a todos os estados brasileiros.



Vamos transcender às razões jurídicas que justificaram a decisão acima mencionada [4] para nos centralizar no foco do presente artigo: essa determinação do STF vem sendo cumprida pelos tribunais? A resposta — já não surpreendente para quem labuta nas trincheiras defensivas — é que vários tribunais brasileiros continuam realizando audiência de custódia apenas para as prisões em flagrante. E diga-se mais: nem todos os estados que implementaram a realização das custódias para as demais modalidades de prisão, não estão cumprindo a determinação do STF a contento. Em Pernambuco, por exemplo, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça aprovou o Provimento nº 001/2021, que altera o Provimento nº 003/2016, e regulamentou as custódias inerentes às prisões preventivas, temporárias e definitivas, mas limitando o ato apenas à verificação de maus tratos/tortura, retirando das audiências de custódia a incumbência de verificar a legalidade da prisão, ao argumento de que o mérito da decisão somente pode ser apreciado pelo juízo natural.

Afinal de contas, a legalidade da prisão somente pode ser aferida pelo magistrado que outrora decretou a prisão, ainda que a segregação seja ou tenha posteriormente se tornado escancaradamente ilegal? A título de exemplo, citamos os seguintes casos: cidadão preso com base em mandado de prisão preventiva cadastrado no BNMP [5], mas que perdeu sua validade; cumprimento de mandado de prisão preventiva contra pessoa diversa, nos casos de homônimos; penas indultadas.

Outra questão que trazemos à baila diz respeito ao recente entendimento do STJ (HC nº 598.886/SC, 6º Turma, relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020; Ag Rg no HC 619.327, 6º Turma, relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/12/2020), sobre o reconhecimento de pessoas: sustentou-se que as normas constantes dos artigos 226 a 228 do CPP possuem força cogente, rechaçando a possibilidade de condenação lastreada em um reconhecimento fotográfico [6].

As decisões acima referidas, embora evidenciem uma salutar inflexão do entendimento até então consolidado a respeito do artigo 226 do CPP, ainda não se refletem, no entanto, na jurisprudência de diversos tribunais brasileiros. As delegacias continuam com a famigerada prática de apresentarem às vítimas um "álbum de suspeitos" e os reconhecimentos dos acusados, nas fases policial e judicial, continuam ocorrendo na modalidade *show-up*, com a leniência do Ministério Público — a quem incumbe, ao menos em tese, a fiscalização do cumprimento da lei — e dos juízes, que se validam a prova produzida nesses termos, mesmo com impugnação da defesa técnica.

Outra importante decisão que já podemos antever que não será adotada na práxis da Justiça Penal, diz respeito ao entendimento firmado pela 6º Turma do STJ, nos autos do HC598.051/SP (julgado em 2/3/2021), no sentido de que o ingresso dos policiais na casa do suspeito "*com consentimento do autuado*", somente poderá ser considerada prova válida se restar provado, mediante autorização por escrito e ainda gravação audiovisual, que a autorização para ingresso no lar inviolável não foi obtido por meio de coação moral ou física. Antes, a casa era considerada asilo inviolável, *exceto* para os agentes policiais, cujo tiranicídio seria suficiente para justificar uma possível situação de flagrância e dispensa de prévio mandando judicial.



Nosso prognóstico de que o entendimento firmado nos autos do HC 598.051/SP não encontrará ressonância nas decisões penais de primeira instância tem como base o fato de que magistrados costumam aceitar como válidos, inclusive com o aval do *Parquet*, as provas oriundas do famigerado "interrogatório de camburão", bem como as obtidas do vasculhamento dos policiais aos dados constantes do aparelho celular do preso a despeito de ordem judicial prévia, em total afronta ao atual entendimento do STJ [7], que entende só ser cabível, sem autorização judicial, o acesso pelos policiais aos dados constantes exclusivamente da agenda de contatos ou registros telefônicos.

Inúmeros outros exemplos surgem quando se trata de dosimetria da pena, valoração das circunstâncias judiciais e incidência das agravantes e atenuantes. O STJ já decidiu incontáveis vezes que o *"aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (artigo 59 CP) depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal"*, mas juízes insistem na utilização de fundamentações genéricas, como: 1) *"as consequências do crime são sérias, visto que a vítima morreu"*; 2) *"os motivos do crime são repugnantes, visto que o acusado buscou lucro fácil"*; 3) *"a culpabilidade é intensa visto que o réu é maior de idade e consciente dos seus atos"*; 4) *"a culpabilidade é desfavorável visto que o réu violou as leis divinas"*; 5) *"as consequências do crime de tráfico de drogas são graves, o crime contribui, de forma direta, com o incremento da criminalidade em geral"* etc.

Por fim, não há de se esquecer os inúmeros casos em que o STF precisou afirmar a atipicidade de condutas com base no princípio da insignificância. Embora tal conclusão necessite essencialmente de avaliação caso a caso, foi preciso que a Corte Suprema afirmasse, por exemplo, que o furto de um xampu [8] ou "três caixas de bombons" seriam fato atípicos [9].

Em que pese não sejam exaustivos, os exemplos referidos são suficientes para demonstrar como há uma resistência na implementação dos entendimentos de jurisprudências que visam assegurar direitos e garantias dos acusados.

A justificativa para tal resistência não encontra guarida na Constituição, tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, leis penais ou nos manuais de processo penal, mas, sim, em uma mentalidade jurídica de cariz autoritária e repressiva, carregada, não raras vezes, de convicções de vida que extrapolam os argumentos jurídicos e que hipertrofiaram o subjetivismo e a parcialidade da atividade jurisdicional.

Se o processo penal é, antes de tudo, um instrumento a serviço dos direitos e garantias fundamentais, como justificar a ausência de controle rígido da atuação investigativa estatal, permitindo-se que provas colhidas de forma ilícitas sejam convalidadas? As regras são claras, porém inócuas, haja vista que nenhuma sanção decorre em caso de violação. Ferrajoli já dizia: *"É verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias"*[10].

Concluimos que estamos bem distantes de consolidar no seio da comunidade jurídica um pensamento efetivamente democrático, em que magistrados passem a adotar os precedentes, sem paixões e sem a pretensão de vestirem a capa invisível do heroísmo. Enquanto não houver mudança de pensamento, para que serve a jurisprudência senão para ser desrespeitada?



[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1300

[2] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, P. 298.

[3] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71-74

[4] NEWTON, Eduardo Januário; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves; ROCHA, Jorge Bheron. Reclamação nº 29.303 e audiências de custódia: todos os presos importam! Revista Consultor Jurídico, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/LEITURAS_EM_PAUTA/LeiturasemPauta_3_R. Acesso em: 14/02/2021.

[5] <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/pesquisa-peca>

[6] Sobre o mérito da decisão, vide NEWTON, Eduardo Januário; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves; ROCHA; Jorge Bheron. O procedimento do reconhecimento pessoal será, enfim, observado? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniaio-procedimento-reconhecimento-pessoal>, acesso em: 23/01/2021

[7] HC.372.762/MG, Rel.Ministro Felix Fischer, 5º Turma, DJe 16/10/2017; RHC 79.452/RR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5º Turma, DJe 01/09/2017; HC 588.135/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5º Turma, DJe 14/09/2020; RHC 120.726/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5º Turma, DJe 28/02/2020; AgRg no RHC 120.172/SP, Rel. Minis. Nefi Cordeiro, 6º turma, DJE 08/06/2020 e AgRg no HC 516.857/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5º turma, DJe 18/5/2020.

[8] HC 94427, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008.

[9] HC 192217 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/02/2021.

[10] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. Tradução Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 506

Date Created



28/03/2021