

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO FORMADOR DE PRECEDENTE**  
**VINCULANTE:**

Proposta de aprimoramento à sistemática do *habeas corpus* em Tribunais Superiores

**BRASÍLIA-DF**

**2022**

JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO FORMADOR DE PRECEDENTE  
VINCULANTE:**

Proposta de aprimoramento à sistemática do *habeas corpus* em Tribunais Superiores

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos e apresentada ao PPGD/IDP como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA-DF**

**2022**

JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO FORMADOR DE PRECEDENTE**

**VINCULANTE:**

Proposta de aprimoramento à sistemática do *habeas corpus* em Tribunais Superiores

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos e apresentada ao PPGD/IDP como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

8 de junho de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Orientador

---

**Prof. Dr. André Luís Callegari**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Membro Interno

---

**Prof. Dra. Danyelle da Silva Galvão**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Membro Externo

---

**Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Membro Externo

---

**Prof. Dr. Rogério Schietti Cruz**

Universidade Nove de Julho  
Membro Externo

À minha esposa e companheira de vida, Karoline  
Sgode.

Aos meus filhos Rafael e Heloísa, com todo amor  
e carinho.

## AGRADECIMENTOS

De início quero muito especialmente agradecer ao meu pai, Antonio Martins de Oliveira Filho, *in memoriam*, pelo apoio incondicional que sempre me dirigiu, desde os bancos escolares ao doutoramento. Sabedor da importância dos estudos, precipuamente por ter notado a diferença, em todos os sentidos, de ter o primeiro da família a fazer curso superior (inclusive, entre tios e primos), não me deixou desistir e sequer trancar o doutorado mesmo quando estava no leito de morte, acometido fatalmente por um câncer no segundo semestre de 2019. Pai, de onde quer que esteja, saiba que sua força me manteve em pé e persistente nos dias difíceis e solitários enfrentados durante a confecção deste trabalho! De igual modo, meus agradecimentos à minha mãe, Laura Rodrigues de Oliveira e ao meu irmão, Carlos Eduardo de Oliveira, por todo apoio que sempre me deram.

Agradeço à minha esposa e companheira das batalhas e felicidades da vida, Karoline Sgode Felisbino, por aguentar firme nesses quase 4 (quatro) anos de doutorado, especialmente na minha ausência durante os últimos meses dedicados ao desenvolvimento da tese.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos, pela excelente condução deste trabalho e, sobretudo, pela compreensão com que me tratou nos períodos, por assim dizer, nucleares de desenvolvimento da tese.

Aos professores componentes da banca de qualificação, André Callegari, Danyelle da Silva Galvão e Ricardo Gloeckner, cujas críticas e sugestões foram importantíssimas para o direcionamento e desenvolvimento da tese.

Agraço aos meus sócios do Monteiro Rocha Advogados, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Jr, Luciana Gabardo e Roberta Mariara Penteado que, para além do apoio de sempre, propiciaram o meu afastamento das atividades rotineiras do escritório nesse período de escrita do trabalho de conclusão do doutorado.

Ao pessoal da ABDCONST, onde, ao lado do Francisco Monteiro Rocha Jr, coordeno a pós de direito penal e processual penal, especialmente aos diretores e colegas professores pelo apoio que me deram durante esses anos de realização do doutorado no IDP.

Aos meus amigos do doutorado, em especial à Anamaria Prates Barroso, Cleopas Izaias Santos, Hugo de Assis Passos, Vanessa Reichert, Leandro Gobbo, Acácio Miranda da Silva Filho, Victor Minervino, José Evande Carvalho Araujo. A amizade conquistada nesses anos de doutorado tornou a caminhada muito mais leve e proveitosa!

Aos meus amigos da advocacia criminal que acompanharam o desenvolvimento da tese e auxiliaram com ideias e debates sobre os temas aqui tratados: Alessandro Silverio,

Gustavo Alberine Pereira, Guilherme Lucchesi, Marlus Arns de Oliveira, Rafael Guedes, Ronaldo dos Santos Costa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho.

Ao Bruno Joshua Santos Bianeck e ao Pedro Chiarani que muito me auxiliaram com as pesquisas, traduções, planilhas e gráficos usados no trabalho.

Por fim, mas não menos relevante, ao Centro Universitário Unibrasil, a quem agradeço na pessoa da atual coordenadora do curso de Direito, Prof. Dra. Allana Campos Marques Schrappe, pelo auxílio, apoio e compreensão que me dispensou durante todos esses anos de doutorado.

*Presentemente eu posso me  
Considerar um sujeito de sorte  
Porque apesar de muito moço  
Me sinto são e salvo e forte  
E tenho comigo pensado  
Deus é brasileiro e anda do meu lado  
E assim já não posso sofrer no ano passado (...)*  
Belchior, citado na canção AmarElo do cantor  
Emicida

## RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da ação constitucional de habeas corpus enquanto possível instrumento formador de precedente vinculante quando julgado pelas Cortes Superiores do País – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Partindo da premissa de crise da legalidade formal, entende-se que a adoção da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio pode ser enxergada como uma forma de atenuação da insegurança jurídica causada pela referida crise de legalidade. Embora inexista regulamentação própria no Código de Processo Penal, as regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015 que regulamentam a aplicação dos precedentes na jurisdição brasileira podem e devem ser aplicadas ao processo penal, pois, além de serem regras atinentes à teoria geral do direito, possuem a finalidade de concretizar os princípios universais da igualdade e segurança jurídica na relação entre estado/juiz e cidadão, garantindo previsibilidade, unidade, integridade e coerência na prestação jurisdicional, o que também é muito caro e deve ser sempre buscado no processo penal. O Código de Processo Civil estabelece no artigo 927, V, que a decisão proferida por Plenário ou Corte Especial tem natureza de precedente vinculante, razão pela qual o tema central do presente estudo diz respeito à possibilidade de o habeas corpus servir de instrumento vinculante quando julgado por órgão de maior hierarquia no âmbito da Corte Superior. Realizou-se análise empírica na qual se constatou um representativo número de habeas corpus e recurso ordinários em habeas corpus julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre março 2016 e março de 2022, com definição de vários temas que vão da incidência de determinado tipo penal à ilegalidade de prova (dados fiscais) obtida diretamente pelo órgão da acusação sem autorização jurisdicional, cuja finalidade, expressa ou não, pode-se afirmar ser o estabelecimento de um padrão normativo para toda a sociedade. Após a análise teórica sobre o que é um precedente e sua distinção para jurisprudência, súmula e decisão, bem como da ação constitucional de habeas corpus, defende-se a tese que o *writ* pode servir como ferramenta formadora de precedente de eficácia obrigatória, desde que cumpridos alguns requisitos: (a) ser julgado pelo órgão de maior hierarquia da Corte Superior com competência para definir sentido da norma penal ou processual penal, em procedimento no qual (b) preliminarmente se delibere colegiadamente sobre a afetação da demanda, justificável em razão da relevância da matéria, com a devida (c) motivação e publicidade da decisão de afetação, e, sobretudo, (d) que realmente possibilite a participação da sociedade civil por meio de terceiros interessados (*amici curiae*), haja vista a força erga omnes do precedente vinculante. Por fim, o presente estudo aborda as possíveis consequências da adoção da tese, especificamente a possibilidade de suspensão dos processos que tenham o mesmo tema debatido no habeas corpus ou recurso ordinário afetado para deliberação do colegiado maior do STJ ou do STF e o cabimento de reclamação para tutela da eficácia do precedente de força obrigatória.

**Palavras-chave:** habeas corpus; precedente judicial; *amicus curiae*; cortes superiores; processo penal.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze the constitutional action of habeas corpus as a possible instrument for the formation of binding precedent when judged by the Superior Courts of the Country - Superior Court of Justice and Federal Supreme Court. Starting from the premise of a crisis of formal legality, the adoption of the theory of precedents in the national legal system can be seen as a way of mitigating the legal uncertainty caused by the aforementioned legality crisis. Although there is no proper regulation in the Criminal Procedure Code, the rules established in the 2015 Civil Procedure Code that regulate the application of precedents in Brazilian jurisdiction can and should be applied to criminal proceedings, since, in addition to being rules concerning the general theory of law, these rules have the purpose of materializing the universal principles of equality and legal certainty in the relationship between the state/judge and the citizen, guaranteeing predictability, unity, integrity and coherence to the judicial provision, which is also very important and must always be sought in criminal proceedings. The Civil Procedure Code establishes in its article 927, V, that the decision rendered by Plenary bodies or Special Courts has the nature of a binding precedent to the lower courts that are bound to them, which is why the central theme of the present study concerns the possibility of habeas corpus serving as a binding instrument when judged by the highest-ranking body within the Superior Court. An empirical analysis was carried out in which it was possible to observe a significant number of habeas corpus and ordinary appeals in habeas corpus judged by the 3rd Section of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court in the period between March 2016 and March 2022, in which there are the definitions of various topics, ranging from the incidence of a certain type of criminal offense to the illegality of evidence (fiscal data) obtained directly by the prosecution body without judicial authorization, with the purpose, it could be said, confessed or not, of establishing a normative standard for the whole of society. After the theoretical analysis of what is a precedent and its distinction to jurisprudence, “súmulas” - a specific kind of legal provision in which the high-ranking Brazilian courts establish the binding interpretation to certain norms – and decisions, and also of the constitutional action of habeas corpus, the present study sustains the thesis that the writ can serve as a tool that forms a precedent of mandatory effectiveness provided that certain requirements are met: (a) be judged by the highest-ranking body of the Superior Court with competence to define the meaning of the criminal or criminal procedural rules, in a procedure in which (b) a preliminary decision is made on the affectation of the demand, justifiable on grounds of the relevance of the matter, with due (c) motivation and publicity of the decision on the affectation, and, above all, (d) in a way that truly enables the participation of civil society through interested third parties (*amici curiae*), given the *erga omnes* force of binding precedent. Finally, the present study addresses the possible consequences of adopting this thesis, specifically the possibility of suspension of processes that have the same topic debated in the habeas corpus or ordinary appeal affected for deliberation by the highest collegiate of the STJ or the STF and the appropriateness of complaints to protect the effectiveness of the mandatory force precedent.

**Keywords:** habeas corpus; judicial precedent; *amicus curiae*; criminal proceeding.

## RIASSUNTO

Il presente studio si propone di analizzare l'azione costituzionale dell'habeas corpus come possibile strumento per la formazione di un precedente vincolante quando giudicato dalle Corti Superiori del Paese - Corte Superiore di Giustizia e Corte Suprema Federale. Partendo dal presupposto di una crisi di legalità formale, resta inteso che l'adozione della teoria dei precedenti nell'ordinamento nazionale può essere vista come un modo per mitigare l'incertezza giuridica causata dalla crisi di legalità. Sebbene non vi sia una propria regolamentazione nel codice di procedura penale, le norme stabilite nel codice di procedura civile del 2015 che regolano l'applicazione dei precedenti nella giurisdizione brasiliana possono e devono essere applicate ai procedimenti penali, poiché, oltre ad essere norme relative alla la teoria generale del diritto, hanno lo scopo di realizzare i principi universali di uguaglianza e certezza del diritto nel rapporto tra estato/giudice e cittadino, garantendo prevedibilità, unità, integrità e coerenza nel provvedimento giudiziario, che sono anche molto cari e devono sempre essere ricercati in un procedimento penale. Il codice di procedura civile stabilisce all'articolo 927, V, che la decisione pronunciata dalla plenaria o dal tribunale speciale ha natura di precedente vincolante, motivo per cui il tema centrale del presente studio riguarda la possibilità che l'habeas corpus funga da strumento vincolante quando giudicato dal più alto organo all'interno della Corte Superiore. È stata effettuata un'analisi empirica in cui si è stato un numero ragionevole di ricorsi in habeas corpus e ordinari in habeas corpus giudicati dalla 3a Sezione della Corte superiore di giustizia e dal Tribunale federale, nel periodo compreso tra marzo 2016 e marzo 2022, con definizione di vari temi che vanno dall'incidenza di un determinato tipo di reato all'illegittimità delle prove (dati fiscali) acquisiti direttamente dall'organo di accusa senza autorizzazione giudiziaria, il cui scopo, confessato o meno, si può dire di stabilire una normativa standard per l'intera società. Dopo l'analisi teorica di ciò che è un precedente e la sua distinzione per giurisprudenza, precedente e decisione, nonché analizzando l'azione costituzionale dell'habeas corpus, si difende la tesi che l'atto può fungere da strumento che costituisce un precedente di effettività obbligatoria, a condizione che siano soddisfatti determinati requisiti: (a) essere giudicato dal più alto organo della Corte superiore competente a definire il significato del diritto penale o del procedimento penale, in un procedimento in cui (b) è presa una decisione preliminare l'affettazione legale della domanda, giustificata dalla rilevanza della materia, con la dovuta (c) motivazione e pubblicazione della decisione di affettazione, e, soprattutto, (d) che consenta realmente la partecipazione della società civile attraverso terzi (*amici curiae*), data la forza erga omnes di precedente vincolante. Infine, il presente studio affronta le possibili conseguenze dell'adozione della tesi, in particolare la possibilità di sospensione dei processi che hanno lo stesso argomento dibattuto nell'habeas corpus o il ricorso ordinario interessato per la deliberazione del collegio superiore del STJ o del STF, e, l'adeguatezza del reclamo a tutelare l'efficacia del precedente forzato obbligatorio.

**Parole chiave:** habeas corpus; precedente giudiziario; *amicus curiae*; procedimento penale.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
<b>1. A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ENQUANTO INSTRUMENTO DE ATENUAÇÃO DA CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: em busca da segurança jurídica e igualdade de tratamento dos jurisdicionados submetidos ao sistema de justiça criminal.</b> .....	17
1.1 O princípio da legalidade frente à maximização do direito penal, ao Estado Constitucional de Direito e à superação do juiz “boca da lei”. .....	17
1.2 A adoção da teoria dos precedentes no sistema judicial brasileiro e sua aplicação no processo penal pátrio .....	22
1.3 Jurisprudência, súmula, decisão judicial e precedentes: critérios distintivos necessários para compreensão da teoria dos precedentes aplicada no processo penal brasileiro. ....	29
1.4 Precedentes persuasivos e vinculantes, ratio decidendi e as técnicas de distinção/afastamento (distinguishing) e revogação (overruling) do precedente de eficácia obrigatória.....	35
1.5 As funções dos Tribunais Superiores enquanto Cortes de Precedentes: a definição da melhor interpretação da norma federal (STJ) ou constitucional (STF) e os julgamentos realizados no âmbito de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus. ....	41
1.6 A orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça como precedente vinculante na esfera criminal .....	45
<b>2. A CONSTATAÇÃO EMPÍRICA ACERCA DOS JULGAMENTOS DE HABEAS CORPUS E DE RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PELA 3ª SEÇÃO DO STJ E PELO PLENO DO STF</b> .....	50
2.1 Metodologia da pesquisa .....	50
2.2 Os casos julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de habeas corpus ou de recurso ordinário em habeas corpus .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.2.1 Considerações gerais sobre impetrante, relator, existência de decisão fundamentada de afetação, admissibilidade de terceiros interessados e resultado do julgamento. ....	53
2.2.2 RHC 145.931/MG – Admissibilidade, excepcional, da prisão domiciliar para as presas em regime fechado ou semiaberto, mães de crianças menores de 12 (doze) anos de idade.....	58

2.2.3 RHCs 83.233 e 83.477 - Ilicitude da prova (dados fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal sem autorização judicial. ....	59
2.2.4. RHC 101.443/MG - Necessidade de o Juiz Criminal fundamentar, de forma específica, a necessidade de prisão ou de medidas cautelares quando da prolação da decisão de pronúncia. ....	61
2.2.5 RHC 131.263/GO - Definição da interpretação do artigo 310, II, do Código de Processo Penal à luz da nova redação estabelecida pela lei 13.964/2019 ao artigo 282, §§ 2º e 4º, e ao art. 311, do mesmo diploma normativo. ....	62
2.2.6 RHC 115.605/SP - Atipicidade da conduta de importação de sementes da planta maconha em pequena quantidade. ....	64
2.2.7 HC 535.063/SP - Aplicação do princípio da insignificância em crime tributário de sonegação de tributo estadual – ICMS. ....	66
2.2.8 RHC 113.897 – Impossibilidade de prisão domiciliar para mulher mãe de filho menor de 12 (doze) anos de idade. ....	68
2.2.9 RHC 113.778 - Definição da interpretação do artigo 318-A frente ao disposto no artigo 312 e 319 do Código de Processo Penal. Natureza jurídica da prisão domiciliar. ....	69
2.2.10 RHC 101.299 – Inaplicabilidade do regime jurídico dos crimes tributários ao crime de furto de energia elétrica. ....	71
2.2.11 HC 350.996 - Imprescindibilidade do laudo toxicológico para condenação pelo crime de tráfico de drogas. ....	72
2.2.12 RHC 64.086/DF – Procedimento de antecipação de provas, para oitiva testemunhal, em razão da testemunha ser agente de segurança pública. Interpretação do artigo 366, CPP e da súmula 455/STJ. ....	73
2.2.13 RHC 63.855 - Possibilidade de se avaliar os atos infracionais perpetrados pelo acusado, quando era inimputável, para fins de aplicação de medidas cautelares. ....	75
2.3 Os casos julgados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de habeas corpus ou de recurso ordinário em habeas corpus .....	76
2.3.1 Considerações gerais sobre impetrante, relator, existência de decisão fundamentada da afetação, admissibilidade de terceiros interessados e resultado dos julgamentos. ....	77
2.3.2 HC 154.248 - Natureza jurídica do crime e imprescritibilidade do crime de injúria racial, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal. ....	83

2.3.3 HC 117.055 – Exigência de tipo subjetivo específico para configuração do crime de receptação qualificada, prevista no artigo 180, §1º, do Código Penal e desproporcionalidade da pena. ....	86
2.3.4 HC 176.473 - Interrupção do prazo prescricional pelo acórdão confirmatório da sentença condenatória. Interpretação dada ao artigo 117, inciso IV, do Código Penal. ....	87
2.3.5 RHC 163.334 - Tipicidade da conduta de não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente de mercadoria ou serviço. Incidência do tipo penal do artigo 2º, II, da Lei 8.137/90. ....	89
2.3.6 HC 129.129 - Direito de ingresso nas dependências reservadas ao público na Câmara dos Deputados. ....	91
2.3.7 HC 100.181 – Inaplicabilidade da causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.078/90 para o crime de estupro após a Lei 12.015/09. ....	92
2.3.8 HC 143.333 - Prejudicialidade do habeas corpus liberatório, impetrado durante o curso do processo, após superveniência de sentença condenatória. Discricionariedade do relator em encaminhar a demanda para o debate em Plenário. ....	94
2.3.9 HC 152.752 - Legalidade da execução provisória da pena determinada em recurso da defesa contra sentença que, genericamente, concedeu ao acusado o direito de recorrer em liberdade. ....	96
2.3.10 HC 87.395 - Inexistência de coisa julgada e de preclusão na decisão que determina o arquivamento do Inquérito Policial com base em causa excludente de ilicitude. ....	99
2.3.11 HC 118.533 - Inaplicabilidade da Lei 8.072/90 (crimes hediondos) ao tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.313/06). ....	101
2.3.12 HC 127.900 - Aplicação do artigo 400, do Código de Processo Penal, para os processos criminais de competência da justiça militar. ....	103
<b>3. O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO FORMADOR DE PRECEDENTES VINCULANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO</b> .....	106
3.1O habeas corpus enquanto instrumento fundante do processo penal constitucional e legítimo mecanismo formador de precedente vinculante .....	106
3.2O habeas corpus entre a restrição e ampliação da sua incidência no sistema de justiça criminal brasileiro .....	109
3.3O habeas corpus como legítimo e eficaz mecanismo de tutela do devido processo legal .....	112

3.4O fenômeno da <i>abstrativização</i> dos efeitos oriundos do Julgamento do Habeas Corpus e a fixação de teses pelas Cortes Superiores .....	118
3.5O habeas corpus julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: critérios para formação de precedente vinculante	121
3.5.1 A relevância do tema levantado em habeas corpus a ser submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, à 3ª Seção ou Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça .....	124
3.5.2 A necessidade de motivação e publicidade da decisão de afetação do habeas corpus para julgamento perante o órgão colegiado de maior hierarquia da Corte Superior .....	129
3.5.3 A ampliação do contraditório, por meio do <i>amici curiae</i> , como critério imprescindível para a formação do precedente vinculante em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus. ....	132
3.5.4 Possíveis consequências da adoção da tese de formação de precedente vinculante por meio de habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus: (a) possibilidade de suspensão de eventuais processos a serem atingidos pelo precedente e (b) cabimento da reclamação como mecanismo de tutela da eficácia do precedente vinculante oriundo da Corte Superior. ....	137
CONCLUSÃO.....	145
APÊNDICE 1 - Planilhas com os dados empíricos analisados no Capítulo 2	
APÊNDICE 2 – Carta-resposta às indagações e sugestões da banca de qualificação	
APÊNDICE 3 - Proposta de alteração do RISTJ e RISTF	

## INTRODUÇÃO

O habeas corpus, enquanto ação constitucional de natureza subjetiva, voltada à tutela do direito fundamental de liberdade de locomoção, restringido ou ameaçado de restrição, pode servir de instrumento formador de precedente vinculante? Eis a indagação, surgida a partir da prática forense dos Tribunais Superiores do País e da previsão legal contida no artigo 927, V, do Código de Processo Civil, que moveu o desenvolvimento do presente trabalho.

O tema dos precedentes judiciais, há algum tempo estudado e debatido no campo do direito processual civil, ainda é novo para a esfera do direito processual penal, na qual há poucos estudos sobre a matéria e isto se constata pela ausência de dispositivos legais sobre o assunto não só no Código de Processo Penal, mas também no projeto de novo código de processo penal, em trâmite no Congresso Nacional.

Todavia, a crise de legalidade sentida na esfera penal, causada por inúmeros fatores, dos quais se pode destacar a maximização do direito penal, o controle de constitucionalidade das leis penais e a superação do paradigma hermenêutico do juiz boca da lei, impõe pensar nos precedentes judiciais como ferramenta útil para atenuar as consequências da referida crise, pois que por meio deles, ao fim e ao cabo, o que se busca é garantir o tratamento igualitário dos jurisdicionados que estejam em situações semelhantes, a segurança jurídica, previsibilidade, coerência, unidade do direito e integridade na prestação jurisdicional por parte do estado/juiz.

Diante de tais premissas, o estudo aqui realizado voltou-se à análise do habeas corpus como possível instrumento de formação de precedente vinculante, especialmente quando julgado pelas Cortes Superiores, haja vista o amplo espectro de temas penalmente relevantes que podem ser levados, por intermédio do *writ*, à definição do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Para enfrentar o tema, desenvolve-se no primeiro capítulo a análise teórica, por meio de estudo bibliográfico, sobre a crise da legalidade formal, a adoção da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com exame dos subtemas que lhe são inerentes, a saber: (i) distinção entre jurisprudência, súmula, decisão judicial e precedente; (ii) precedentes persuasivos, vinculantes, *ratio decidendi* e as técnicas de afastamento (*distinguishing*) e revogação (*overruling*) do precedente de eficácia obrigatória; (iii) as funções dos Tribunais Superiores enquanto Cortes de Precedentes e os julgamentos realizados em habeas corpus ou recurso ordinário; e, (iv) a orientação do Plenário do Supremo ou da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça como precedente de natureza obrigatória na esfera criminal.

No capítulo 2, com a finalidade de apurar a premissa de que os Tribunais Superiores brasileiros têm, num contexto contemporâneo, empregado uma função *abstracta* ao habeas corpus, utilizando-o para definição de temas importantes no campo penal, fez-se análise dos casos julgados perante a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre março de 2016 e março de 2022. O estudo empírico foi desenvolvido, num primeiro momento, em análise quantitativa, com escopo de verificar as seguintes questões: (i) quantos casos foram julgados pelo colegiado maior da Corte Superior no período selecionado; (ii) existência ou não de decisão motivada de afetação do habeas corpus para julgamento pelo órgão de maior hierarquia; (iii) participação ou não de terceiros na qualidade de *amici curiae* e (iv) resultado dos julgamentos.

Após isso, ainda no segundo capítulo, desenvolveu-se análise qualitativa, com exame de cada um dos casos julgados da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e do Pleno do Supremo Tribunal Federal, a fim de melhor apurar, em síntese, quais as circunstâncias consideradas para a declinação de competência do órgão fracionário em favor do colegiado maior, qual o procedimento adotado, as razões para a admissão ou não de terceiros, bem como a natureza dos temas discutidos nos referidos órgãos de cúpula das Cortes Superiores, com a análise, dentro do possível, dos motivos determinantes externados em cada julgado.

Com este levantamento, o 3º capítulo foi dedicado ao exame teórico do habeas corpus como legítimo instrumento de tutela do devido processo legal, defendendo-se a tese de que por esta razão, somada à função nomofilática da Corte Superior, mormente quando representada por órgão de maior hierarquia, o habeas corpus e, por derivação, o recurso ordinário em habeas corpus podem servir de instrumento formador de precedente de eficácia obrigatória, desde que submetidos aos seguintes critérios (alguns já institivamente cumpridos pelas Cortes Superiores em certos casos): (a) julgamento pela 3ª Seção do STJ ou Pleno do STF; (b) afetação para o colegiado maior, a ser pautada pela relevância jurídico-penal do tema, representada sobretudo na transcendência para além das pessoas diretamente envolvidas no *writ* ou recurso ordinário; (c) motivação e publicidade da afetação a ser deliberada colegiadamente; (d) abertura para ampliação do contraditório, com real possibilidade de participação de terceiros interessados, na qualidade de *amici curiae*, nos julgamentos tendentes a produzir eficácia *erga omnes*.

Por fim, discorreu-se sobre as possíveis consequências decorrentes da adoção do precedente obrigatório em sede de habeas corpus, especificamente (a) a possibilidade de suspensão dos processos que tenham similitude fática e jurídica com a causa afetada para deliberação da Corte, e (b) cabimento da reclamação para tutela da eficácia do precedente vinculante.

# 1. A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ENQUANTO INSTRUMENTO DE ATENUAÇÃO DA CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EM BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS JURISDICIONADOS SUBMETIDOS AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

## 1.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FRENTE À MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E À SUPERAÇÃO DO JUIZ “BOCA DA LEI”

Marca distintiva do iluminismo, o princípio da legalidade simbolizou o rompimento com as práticas arbitrárias do sistema de justiça criminal do medievo, porquanto, reconhecendo o valor supremo da liberdade, impôs fortes limites ao poder punitivo estatal.<sup>1</sup>

Enquanto característica fundante do Estado de Direito, a garantia da legalidade se caracteriza pela exigência rigorosa de descrição prévia e clara das condutas humanas merecedoras de reprimenda penal, garantindo aos indivíduos a possibilidade de conhecimento e previsibilidade da ilicitude das suas condutas e as respectivas consequências (*nullum crimen, nullum poena sine lege*).

Dessa forma, “a liberdade e a segurança jurídica passaram a ser asseguradas a partir do reconhecimento de que, no direito, está permitido tudo aquilo que não está proibido por lei. Essa garantia foi concretizada pela proibição, no momento de aplicação do direito penal, de qualquer possibilidade de interpretação das leis por parte dos magistrados”.<sup>2</sup>

Com efeito, decorre do princípio da legalidade a ideia de certeza do direito, concebida enquanto estrutura normativa estatal que permita a cada cidadão prever as consequências jurídicas dos próprios comportamentos e/ou dos atores sociais com os quais estabelece necessariamente contato,<sup>3</sup> afastando, por conseguinte, a incidência retroativa da norma penal mais gravosa.

---

<sup>1</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p.5.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>3</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 39.

No Brasil, a Constituição da República estabelece no rol de direitos fundamentais a garantia da reserva legal (art. 5º, XXXIX,<sup>4</sup> CR/88) e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL,<sup>5</sup> CR/88).

Malgrado a positivação constitucional do princípio da legalidade, é possível afirmar, sem qualquer receio, que o modelo formalista outrora pensado para contenção do arbítrio estatal não mais se afigura suficiente.

Aliás, Luigi Ferrajoli, com olhar voltado para o contexto italiano, há muito aponta para a crise do Estado de Direito, para ele “gerada por dois fatores: a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, ambas expressões da crise da capacidade reguladora e condicionante da lei e por isso a *artificial reason* que Thomas Hobbes contrapôs à ‘*iuris prudentia* ou sabedoria dos juízes desordenados’ do seu tempo”.<sup>6</sup>

A hodierna realidade brasileira parece se encaixar perfeitamente no diagnóstico feito pelo filósofo e jurista italiano. Como sabido, para além do Código Penal há inúmeras leis penais extravagantes que representam um verdadeiro agigantamento da criminalização primária, ao mesmo tempo em que há um manifesto desequilíbrio da linguagem das leis penais expresso pela imprecisão, obscuridade e ambiguidade.

A legalidade formal, enquanto fonte de segurança jurídica e previsibilidade, também tem sofrido com as mais diversas criminalizações por tipos penais em branco (crimes ambientais, crimes contra sistema financeiro, etc.) e que demandam complementação administrativa. Como explica Falavigno o problema da “deslegalização” no direito penal traz “graves consequências, que seriam: o desvio no bem jurídico protegido pela norma incriminadora; o desrespeito à competência legislativa constitucional em matéria penal; os danos ao princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade; a ocorrência indiscriminada de erro de proibição (...)”.<sup>7</sup>

Como apontado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais “meio ambiente, relações de consumo, trânsito, condições etárias e de gênero (idoso e violência doméstica), relações tributárias etc., são exaustivamente usados como objeto da tutela penal, sempre recrudescida, num movimento de expansão que parece não encontrar fim”.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>5</sup> Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 439.

<sup>7</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização no direito penal. Leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais, 2020 p. 153

<sup>8</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Editorial – O excesso de leis penais**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4140-EDITORIAL-O-excesso-de-leis-penais](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4140-EDITORIAL-O-excesso-de-leis-penais)>. Acesso em: 11 de fev. 2019.

Em abordagem teórica distinta, mas caminhando na mesma direção, Andrei Zenckner Schmidt aponta, há duas décadas, a crise da legalidade penal formal que, estruturada nos seus quatro desdobramentos elementares – *nullum crimen nullum poena sine lege stricta, scripta, previa e certa* – não se faz suficiente diante da “nova criminalidade, caracterizada, principalmente, pela ausência de vítimas determinadas, pela pouca visibilidade dos danos causados e pelo novo *modus operandi* do delinquente”.<sup>9</sup> Ainda, segundo Schmidt o problema, no âmbito penal material, se agrava e o seu enfrentamento se faz mais premente, quando se observa na legislação penal brasileira “o tratamento legal a situações até então impensadas: omissão de socorro a cadáver (art. 304, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97); a fraude a gestão sujeita o controlador e os administradores da empresa do sistema financeiro a, objetivamente, responderem por uma pena privativa de liberdade de 3 a 12 anos de reclusão (art. 4º e 25 da Lei nº 7.492/86); pune-se o sonegador fiscal, a título de dolo, quando ele emite um documento fiscal que não sabe, mas que deveria saber falso (art. 1º, IV, da Lei 8.137/90), etc (...)”.<sup>10</sup>

Como produto desta crise da legalidade que, no fundo, é uma crise do Estado de Direito, tem-se, nas palavras de Ferrajoli “(...) um direito penal máximo – maximamente estendido, maximamente ineficiente, maximamente antigarantista –, do qual estão sendo eliminadas todas as funções políticas classicamente confiadas ao princípio da legalidade: a predeterminação por parte do legislador dos casos jurídicos, e por isso a certeza do direito e a sujeição do juiz à lei; as garantias dos cidadãos contra o arbítrio judiciário e policial e a sua igualdade perante a lei (...)”.<sup>11</sup>

A crise de legalidade, vale esclarecer, também atinge as normas processuais penais e a respectiva segurança jurídica almejada num processo estruturado a partir do devido processo legal.<sup>12</sup> Isto porque, a rigor, como ensinam Figueiredo Dias<sup>13</sup> e Alberto Binder,<sup>14</sup> o direito

<sup>9</sup> SCHMIDT, Andrei Zenckner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 366.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 367.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 441.

<sup>12</sup> Como ensinam Casara e Melchior “por devido processo legal em sentido processual (procedural due process), entende-se a necessidade de um processo justo, paritário e legitimado por uma legislação previamente estabelecida” (CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 319).

<sup>13</sup> Segundo Figueiredo Dias “o direito processual e o direito substantivo penal formam uma unidade, derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para o que originariamente tende (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Lisboa: Coimbra, 2004, p. 23).

<sup>14</sup> Para Alberto Binder existe uma corresponsabilidade ou cooperatividade entre as normas penais e processuais penais no desenvolvimento da política criminal adotada pelo Estado. Isto significa que ambos os ramos do direito regulam, conjuntamente, o poder punitivo estatal, de modo que, por exemplo, as garantias penais (legalidade, culpabilidade) funcionam em estreita relação com as garantias processuais. Da mesma forma, a eficiência da persecução penal dependerá da efetiva vigência das proibições penais, assim como a regulamentação do regime

processual penal, na sua relação de complementariedade mútua para com o direito penal, serve de instrumento necessário para aplicação legítima da pena, de modo que também nele – direito processual penal – deve imperar os preceitos da legalidade (delimitação previa do procedimento a ser adotado na persecução penal, irretroatividade da lei mais gravosa, interpretação restritiva de normas que violem direitos fundamentais, etc.).

De mais a mais, num Estado Constitucional de Direito<sup>15</sup> - desenvolvido como modelo para evitar as barbáries ocorridas no regime nazista o qual, rememore-se, em alguma medida teve seus atos autoritários respaldados pelo poder legislativo<sup>16</sup> - a lei também sofre controle por meio da denominada filtragem constitucional realizada pelo poder jurisdicional. Com efeito, com a incorporação, nas constituições contemporâneas, de princípios e direitos fundamentais que devem ser respeitados pela lei para que atinja sua validade, a relação do juiz com a lei mudou significativamente. Não se concebe mais como adequada a mera sujeição do Juiz à lei, independentemente do seu conteúdo, senão que, ao contrário, a sua sujeição é sobretudo à Constituição e, por conseguinte, à lei apenas se constitucionalmente válida.<sup>17</sup> Assim, “a interpretação e a aplicação da lei são também, sempre, um juízo sobre a própria lei que o juiz tem o dever, caso não seja possível interpretá-la em sentido constitucional, de censurar como inválida por meio da sua denúncia de inconstitucionalidade”.<sup>18</sup>

Por outro viés, contemporaneamente não há mais como se sustentar o modelo exegético do juiz “boca da lei”, pelo qual ao intérprete caberia tão e somente a função de aplicar mecânica

---

probatório permite alcançar o sentido definitivo dos elementos do tipo penal. BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Ppenal*. 2ª ed. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1999, p. 41-53.

<sup>15</sup> Por Estado Constitucional de Direito, adota-se aqui a ideia de um modelo no qual o poder legislativo e a lei também estão submetidos ao controle do Direito, especificamente por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário, a partir de um sistema hierárquico de normas no qual os valores positivados na Constituição ocupam o ápice da pirâmide normativa. Sobre o tema: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>16</sup> Sobre o tema aponta Andrei Zenkner Schmidt que “Na Alemanha, o Código penal do Reich, em sua redação originária (1871), assegurava, em seu art. 1º, que ‘uma ação somente poderia ser castigada por uma pena caso esteja legalmente determinada antes de a ação ser cometida’. Com a instituição do regime Nacional Socialista, contudo, foi publicada, em 28 de junho de 1935, uma lei que modificou profundamente o alcance do princípio, possibilitando o uso de princípios ético-substanciais como condicionantes das punições: “será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada se pode aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 140. Ainda sobre o tema: COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

<sup>17</sup> Sobre o controle de constitucionalidade de lei penais, ver: SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 426.

e automaticamente o texto legal. Por mais desejável (e utópico) que seja, não há como dissociar a norma da atividade interpretativa, uma vez que aquela (norma) é sempre fruto desta.<sup>19</sup>

Em outras palavras, a interpretação jurídica implica na constituição da norma ao caso concreto, ainda que deva partir e guardar correspondência semântica com o que diz o texto legal.<sup>20</sup>

Reconhece-se no atual estágio de desenvolvimento teórico das teorias da argumentação jurídica e da hermenêutica que interpretar o direito não significa revelar algo cujo significado esteja previamente dado, mas como ato que constitui a significação e os sentidos do texto.<sup>21</sup> Em outras palavras, interpretar o direito se constitui numa “atividade complexa que envolve, a partir de um processo discursivo, atividades descritivas, adscritivas e criativas. A atividade da criação do Direito (normativa) é uma empreitada de compartilhamento de tarefas entre o legislador e o juiz”.<sup>22</sup>

Sem adentrar no debate jusfilosófico de superação do paradigma da consciência pelo paradigma da linguagem,<sup>23</sup> tampouco na envolvente discussão sobre a conformação estática ou dinâmica da separação dos poderes, imprescindível deixar claro que a posição aqui adotada, concernente à atividade interpretativa “criadora” da norma pelo juiz/interprete, segue o que leciona, entre outros, Jacinto Coutinho<sup>24</sup> e Lênio Streck,<sup>25</sup> no sentido de que não cabe ao julgador dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, porquanto sua atividade interpretativa encontra limite no princípio da não-contradição. Vale dizer, ao juiz/intérprete não é dado o

---

<sup>19</sup> Não obstante, ainda predomina na jurisprudência brasileira o entendimento segundo o qual “não há falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico proíbe apenas a retroatividade da lei penal mais gravosa” (EDC no AgRG no AREsp 1316819/RS).

<sup>20</sup> Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010; STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

<sup>21</sup> AVILA, Humberto. Função da ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, jan. 2013 p. 204.

<sup>22</sup> KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 69.

<sup>23</sup> Sobre o tema, entre outros, ver: MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética: o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15794/MONOGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 8 mar. 2022.

<sup>24</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Legalidade e reformas parciais do CPP: a excrescência da relativização das regras e princípios constitucionais. In: BRANDÃO, Cláudio; CALVACANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 512; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio: O Drama, Hoje, do Direito Penal. In: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**, p. XVIII-XIX.

<sup>25</sup> Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010; STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

poder discricionário de, sob o pretexto de aplicar a norma, contrariar os limites semânticos do texto legal.<sup>26</sup>

Dados tais limites, é admissível sustentar, conforme explica Mariângela Gomes que “a atividade de interpretação da lei, então, pode claramente ser entendida como o momento em que o juiz estabelece o seu conteúdo, ou seja, o seu significado e o seu alcance, sendo possível afirmar que o que decidem os tribunais é o que significa o direito para determinada sociedade”.<sup>27</sup>

É nesse cenário que se desenha possível, como medida de atenuação da crise de legalidade, a aplicação da teoria dos precedentes na esfera penal, objetivando-se, em última análise, a efetivação das garantias fundamentais da segurança jurídica, liberdade e igualdade.<sup>28</sup>

## 1.2 A ADOÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL PÁTRIO

De início, importante perquirir sobre a compatibilidade da adoção da teoria dos precedentes, forjada na tradição jurídica do *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro, sabidamente de tradição *civil law*. Em outras palavras, sobre o tema se impõe a seguinte indagação: a teoria do precedente judicial, fundada na tradição *common law*, é compatível com o direito brasileiro, de matriz romano-germânica, que possui a lei como fonte primordial?

Com efeito, é possível afirmar, em primeiro plano, positivamente para a compatibilidade da adoção da teoria dos precedentes na tradição *civil law* brasileira. Conforme verticalizado estudo promovido por Willian Pugliese, alguns países de tradição *civil law* reconhecem a importância e aplicam os precedentes, como, por exemplo, Itália e Alemanha, que “priorizam a interpretação da lei, mas não deixam de lado o valor dos precedentes”.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Dentre outros exemplos, pode-se destacar como decisão atentatória ao princípio aristotélico da não contradição o que decidiu o STF no HC 126.292 ao permitir a execução provisória da pena diante da regra expressamente positivada no art. 5º, LVII, da CR e do artigo 283 do Código de Processo Penal.

<sup>27</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38.

<sup>28</sup> Refletindo sobre a proposta de “reserva de código” formulada por Ferrajoli, cujo objetivo em última análise é incrementar o grau de certeza dos cidadãos sobre o que é lícito/ilícito nas relações sociais e legítimo/ilegítimo na arena processual, Hermes Zanetti Jr conclui que “não já como alegar incompatibilidade entre o princípio da legalidade e a teoria dos precedentes, quando adequadamente compreendidos. O maior inimigo do princípio da legalidade penal hoje não é o juiz, é o legislador” (ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116).

<sup>29</sup> PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a Civil Law brasileira**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 90.

Contemporaneamente, mesmo nos países de tradição *civil law* a relevância dos precedentes, ao menos no plano da praxe jurídica, é reconhecida. O debate sobre o tema acaba por cingir-se à discussão teórica sobre o precedente judicial se constituir, ou não, em ‘fonte de direito’<sup>30</sup> e em qual posição hierárquica.<sup>31</sup> Como explica Tucci, “na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes do *common law*”.<sup>32</sup>

A partir da análise histórica do direito brasileiro, com marco temporal após a independência decretada em 1822, Alexandre Câmara demonstra que diferente do que inicialmente se possa imaginar, a relação do direito brasileiro com o sistema de precedentes é longínqua, do que é exemplo a lição doutrinária de Pimenta Bueno<sup>33</sup> sobre a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Segundo aponta Marcus Souza, neste período pós independência, “os precedentes judiciais continuaram a ser compreendidos pelos juristas brasileiros como ferramentas valiosas para a interpretação, de tal forma que a referência a precedentes foi comum em arrazoados de advogados, sentenças judiciais e obras dos estudiosos”.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Como explica Alexandre Câmara “pela expressão fonte do Direito se quer descrever o lugar de onde o Direito provém. (...) Fonte do direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos”. Ocorre que tal metáfora – fontes do direito –, conforme aponta o referido autor, só é adequada se pensar o Direito como algo estático, pré-estipulado. “Mas não é assim que o Direito funciona. Afinal, a norma jurídica não existe antes ou fora do caso concreto (...)”. Malgrado tal crítica, ressalta o autor que a metáfora das fontes do direito possui alguma finalidade, mormente quando se busca falar dos pontos de partida da construção de uma decisão judicial e nesta perspectiva afirma que “m/ao só o a Constituição, as leis, as medidas provisórias, os tratados internacionais ou os decretos (além de outros textos normativos afins) são pontos de partida, mas também os padrões decisórios” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 126).

<sup>31</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 8.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>33</sup> Ao se debruçar sobre os efeitos da decisão do Supremo Tribunal de Justiça nos recursos de revista, Pimenta Bueno assim se pronunciou: “Deverá, porém, uma tal decisão servir de regra obrigatória para o futuro enquanto não houver medida legislativa? Certamente não. Pode tal decisão laborar em erro, e não convém impedir uma nova discussão quando reapareça questão perfeitamente idêntica, o que será difícil. Se aparecer, aí está o aresto para ser invocado, ele deve ter muita moral como fruto de uma discussão solene, deve merecer toda a consideração (...) Uma decisão obrigatória em caso singular dispõe só dele, mas quando ela vale disposição geral toma o caráter de lei, cria direitos e obrigações, torna-se uma norma social, e isso é da alçada exclusiva do legislador. Este e só este é quem tem o direito e obrigação de estudar, discutir e estabelecer os preceitos gerais (BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público e análise da constituição do império**. Data de publicação: 1857, p. 378. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 6 abr. 2022.

<sup>34</sup> SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 94.

Outros exemplos existiram na legislação processual civil brasileira, tais como os assentos<sup>35</sup> da época do Império e o prejulgado,<sup>36</sup> do período republicano, tido como um “ancestral” do incidente de uniformização de jurisprudência.

Todavia, conforme aponta Alexandre Câmara “desde as primeiras leis brasileiras, editadas logo após a independência, até as leis mais recentes (como Código de Processo Civil de 1973) não se trabalhou propriamente com o conceito de precedente (especialmente no que concerne aos precedentes vinculantes). O conceito que por aqui sempre se adotou, reconhecendo-se mesmo ser uma “fonte do Direito”, foi outro: o de jurisprudência”.<sup>37</sup>

Há, contudo, uma distinção entre jurisprudência e precedente que precisa desde logo ser ressaltada, sem prejuízo de maiores incursões que serão feitas em subitem próprio. Precedente judicial consiste na decisão jurisdicional proferida num caso concreto que trate de questão jurídica, e não mera subsunção dos fatos à lei, “servindo de parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que haja similitude entre os fatos dos dois casos”.<sup>38</sup> Jurisprudência, por sua vez, pode ser conceituada como conjunto de decisões relativas a vários e diversos casos concretos, do qual se pode extrair determinada orientação de interpretação sobre uma norma.<sup>39</sup>

O Código de Processo Civil de 2015, a despeito de não ficar imune às críticas doutrinárias acerca de algum equívoco técnico legiferante,<sup>40</sup> possui alguns dispositivos que

---

<sup>35</sup> Os assentos, regulamentados pelo Decreto 738 de 1850 e pelo Decreto 6.142 de 1876, segundo explica Alexandre Câmara “são muito similares aos enunciados de súmulas da jurisprudência predominante”, pois “tinham por finalidade a fundação da jurisprudência nacional, a partir da opinião de seu mais graduado tribunal. Tais assentos, uma vez tomados pelo Tribunal, seriam de observância obrigatória até que fossem derogados pelo Poder Legislativo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 118).

<sup>36</sup> O prejulgado era uma espécie de incidente de uniformização de jurisprudência, vez que se constituía num incidente processual por meio do qual “a requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou turma julgadora, solicitava-se o pronunciamento antecipado das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica acerca da qual ocorria ou poderia ocorrer divergência de interpretação entre Câmaras e Turmas (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 119).

<sup>37</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 126.

<sup>38</sup> GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 47.

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 9 mar. 2022.

<sup>40</sup> Para ficar num único exemplo, Daniel Mitidiero aponta que “o artigo 927 do CPC, disse ao mesmo tempo mais e menos do que deveria dizer. Em primeiro lugar, o art. 927, I, não prevê propriamente hipótese de precedente. Trata-se de caso de controle de constitucionalidade. O dispositivo confunde eficácia erga omnes com efeito vinculante de precedente (...) Em segundo lugar deixa de arrolar hipóteses em que pode haver a formação de precedentes e arrola hipóteses em que pode não haver a formação de precedentes. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92-93.

regulamentam e evidenciam a teoria dos precedentes, dos quais se destacam, para o que aqui importa, os artigos 332,<sup>41</sup> 927<sup>42</sup> e 489, §1º, V e VII.<sup>43</sup>

O código de processo penal, por sua vez, com estrutura originária datada de 1941, malgrado tenha passado, nos últimos tempos, por pontuais e significativas reformas, pouco dispõe sobre a aplicação dos precedentes, tratando do assunto apenas no artigo 315, §2º,<sup>44</sup> com redação dada pela Lei 13.964/2019, que fortaleceu a garantia da motivação das decisões judiciais, assentando a inidoneidade dos atos decisórios (decisões interlocutórias e sentenças) que (a) se limitem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso se ajuste `aqueles fundamentos e/ou (b) deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação de entendimento.

---

<sup>41</sup> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

<sup>42</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>43</sup> Art. 489. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar 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.

<sup>44</sup> Art. 315, CPP. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§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.

Tais regulamentações correspondem à preocupação doutrinária - mais fortemente no campo processual civil<sup>45</sup> do que no penal – com a estabilidade do entendimento judicial e, primordialmente, com o tratamento isonômico de situações análogas.<sup>46</sup>

Até o presente momento não houve no âmbito legislativo nenhum debate sobre o estabelecimento de um sistema de precedentes aplicáveis no processo penal, no qual se discorra sobre a formação e aplicação dos precedentes judiciais, e muito menos sobre quais decisões podem ter o status de precedente vinculante.<sup>47</sup> Veja-se, neste ponto, que nem a proposta do novo código de processo penal, inicialmente estabelecida pelo Projeto de Lei do Senado 156/2009 e hoje em trâmite na Câmara dos Deputados pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, chegou a tratar do tema.

A solução para o problema desta lacuna legislativa na esfera processual penal passa pela possibilidade de aplicação analógica, no campo do processo penal, das regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015. Sobre o tema parece não haver muita dificuldade em se adotar posição favorável à referida incidência, por analogia, das normas contidas na legislação processual civil ao processo penal, mormente porque se está a reclamar para esta esfera a aplicação de regras que objetivam garantir segurança jurídica, isonomia e previsibilidade aos jurisdicionados submetidos à persecução criminal.

Vale dizer, “se o *stare decisis* deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal (...) No âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica apresentam relevância ainda maior, uma vez que os indivíduos devem conhecer os limites da sua atuação e quais as possíveis consequências de seus atos”.<sup>48</sup>

Isso não significa, todavia, a defesa da aplicação automática e acrítica de todo e qualquer dispositivo do Código de Processo Civil para o campo processual penal e muito menos

---

<sup>45</sup> Como bem sintetiza Taís Schiling Ferraz, ao discorrer sobre as reformas na legislação processual civil, “A leitura das exposições de motivos de cada uma dessas leis, bem como do que vinha sendo discutido e produzido em matéria doutrinária, permite identificar os principais fatores que foram diretamente determinantes para as fases mais recentes da reforma do processo civil brasileiro.(...) Em diversos dispositivos da lei processual que foram criados ou sofreram alterações identifica-se, também, a preocupação crescente do legislador com uma maior coerência nas decisões judiciais, uma maior isonomia na interpretação e aplicação da lei aos casos levados a julgamento, maior segurança jurídica e previsibilidade” (SCHILLING, Taís Ferras. **O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com Repercussão Geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61-63).

<sup>46</sup> GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 39

<sup>47</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>48</sup> FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopodino; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord). **Sistema Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 75-91.

a sustentação de uma teoria geral do processo ou teoria unitária.<sup>49</sup> Em realidade, no que toca a normatização da teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 é possível dizer que tal matéria se situa no âmbito da teoria geral do direito e, portanto, aplicável a todos os ramos jurídicos.<sup>50</sup> Nas palavras de Kircher “o novo código de processo civil tão somente tornou formal a necessidade de respeitar um sistema de precedentes vinculantes (...). O que realmente faz com que isso seja um imperativo é a nova configuração da relação entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência, que se dá pela superação do cognitivismo interpretativo e o reconhecimento da dupla indeterminação do Direito”.<sup>51</sup> Destaque-se, nesse ponto, que a ausência de previsão, no artigo 15<sup>52</sup> do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária deste diploma normativo ao direito processual penal não significa inviabilização da aplicabilidade da teoria dos precedentes judiciais - que, frise-se, pertence à teoria do direito – a esta esfera do direito.<sup>53</sup>

Ora, não tendo no Código de Processo Penal nenhuma regulamentação acerca da formação e aplicação dos precedentes no processo penal, o regime jurídico estabelecido no Código de Processo Civil de 2015, sendo regramento próprio da teoria do direito, lhe é de todo aplicável, sobretudo por força do artigo 3º daquele diploma normativo.<sup>54</sup> Claro, tanto melhor seria estabelecer uma regulamentação própria na qual, por exemplo, estabelecesse regras atinentes a retroatividade do precedente vinculante favorável ao réu e irretroatividade daquele que se afigura maléfico, bem como deixasse expresso os efeitos decorrentes da revogação de precedente antigo por novo precedente oriundo de Corte Suprema ou por lei nova.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Sobre as necessárias e adequadas críticas à teoria geral do processo, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

<sup>50</sup> KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 140.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Art. 15, CPC: Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

<sup>53</sup> Nesse sentido explica Marcio Evangelista Silva que “mesmo sem a previsão mencionada no projeto (artigo 15), o artigo 3º do Código de Processo Penal permite aplicar os institutos da regra processual civil (...) Nesse aspecto, o novo CPC não está a criar um sistema fechado, inapto a interlocução com os demais ramos do processo” (SILVA, Marcio Evangelista Ferreira. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019, p. 244.

<sup>54</sup> Art. 3º, CPP: Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

<sup>55</sup> Ao discorrer sobre o tema, Luis Kircher chega a propor, de *lege ferenda*, uma regulamentação na legislação penal que pudesse ajustar os equívocos, incompletudes e incompatibilidades do que se tem no Código de Processo Civil, com a previsão dos seguintes dispositivos:

“Da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão no âmbito penal:

Não obstante, na ausência de regulamentação própria é plenamente possível se utilizar das regras dispostas no Código de Processo Civil de 2015 para fim de fazer incidir, no campo processual penal, as regras que regem a teoria dos precedentes no direito brasileiro, mormente porque, como já visto, ao buscarem a coerência, integridade e previsibilidade do sistema judicial, ao fim e ao cabo, concretizam as garantias da segurança jurídica, igualdade e liberdade almejadas num sistema de justiça criminal democrático e de direito.

Por fim, porém não menos relevante, é de se notar que na prática os órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro têm aplicado as regras de Código de Processo Civil ao processo penal naquilo em que havendo lacuna no Código de Processo Penal inexistente incompatibilidade com este ramo jurídico, do que são exemplos as regras atinentes à sistemática dos recursos extraordinários.<sup>56, 57</sup>

---

(...) Art. 4º. Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso de julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referendados pela maioria dos seus membros.

Art. 5º Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.

Art. 6º Diante de circunstâncias especiais, devidamente demonstradas e justificadas, o Tribunal poderá revogar os seus precedentes. Parágrafo único. Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com mudanças na legislação.

Art. 7º O Tribunal, ao revogar precedente com eficácia vinculante, terá de definir os efeitos da decisão, devendo dar-lhe efeitos prospectivos em caso de alteração maléfica ao réu ou, em caso de mudança benéfica, dar-lhe efeitos retroativos. As mudanças que versem sobre matéria meramente processual terão eficácia imediata. (...)” (KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 142).

<sup>56</sup> Como se sabe, o Código de Processo Civil de 2015 revogou expressamente alguns dispositivos da lei 8.038/90, dentre os quais o art. 28 que estabelecia o prazo de 5 (cinco) dias para interposição do Agravo contra decisão de inadmissibilidade do apelo excepcional proferida pelo Tribunal Local. O Código de Processo Civil trouxe nova regulamentação prevendo o prazo de 15 (quinze) dias para interposição do referido recurso e contagem do prazo em dias úteis. Com efeito, diante da regra do art. 798, CPP, que prevê a contagem do prazo de forma contínua e em dias corridos, a jurisprudência tanto do STJ quanto do STF tem assinalado que o prazo para o Agravo, na esfera criminal, é de 15 (quinze) dias, porém o prazo é contado na forma do artigo 798, do CPP. Sobre o tema, ver: ROCHA JR, Francisco Assis Monteiro. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário criminais**. 3ª ed. Florianópolis: E-mais, 2020.

<sup>57</sup> Ainda sobre a aplicação das regras do CPC de 2015 ao processo penal, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já assentou a possibilidade de aplicação da regra que prevê a suspensão dos processos penais quando tem por objeto tema afetado para julgamento em repercussão geral: “3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos 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. 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à

Com efeito, como se demonstrará no capítulo 2 do presente estudo, as regras dispostas no Código de Processo Civil que regulamentam a aplicação da teoria dos precedentes estão, inclusive, sendo utilizadas para justificar a afetação de demandas subjetivas – habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus – para julgamento pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

### 1.3 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, DECISÃO JUDICIAL E PRECEDENTES: CRITÉRIOS DISTINTIVOS NECESSÁRIOS PARA COMPREENSÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES APLICADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Malgrado a aproximação entre as tradições *civil law e common law*, pode-se afirmar que no direito brasileiro, diante da sua matriz romano-germânica, há uma certa confusão, ao menos no plano prático, sobre a identificação do que efetivamente se constitui e como é formado o precedente. Desse modo, a fim de que se possa estabelecer uma linha conceitual pertinente ao objeto de estudo do presente trabalho, impõe-se fazer a distinção entre jurisprudência, precedente, súmula e decisão judicial.

A despeito da polissemia do termo jurisprudência,<sup>58</sup> adota-se aqui a definição trabalhada por Mariângela Gomes, segundo a qual a jurisprudência “representa o conjunto de manifestações dos juízes e tribunais sobre as questões submetidas à sua autoridade por meio de processos judiciais (...)” que se projetam “num determinado sentido, a respeito de determinado objeto, de modo constante, reiterado e pacífico”.<sup>59</sup>

---

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 (RE 966177 RG-QO, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017).

<sup>58</sup> Segundo TUCCI “em sistemas jurídicos de *civil law*, o termo jurisprudência – que é polissêmico – geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, atinentes a um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência (...) revela, em algumas hipóteses, apenas a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal (TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 159.

<sup>59</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74

A distinção entre jurisprudência e precedente pode ser estabelecida, num primeiro aspecto, por uma perspectiva quantitativa, pois jurisprudência se refere a uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos, ao passo que precedente diz respeito a uma decisão referente a um caso particular.<sup>60, 61</sup>

Ademais, a diferenciação entre jurisprudência e precedente também pode ser verificada numa perspectiva qualitativa. Enquanto o precedente produz uma regra universalizável derivada da *ratio decidendi* que, em regra, deve ser aplicada aos casos futuros que possuam similitude fática com o caso paradigma, a jurisprudência não está restrita ao exame comparativo dos fatos,<sup>62</sup> e em regra possui força apenas persuasória (não vinculante).<sup>63</sup> Excepcionalmente, em virtude das regras dispostas no art. 927, III e V, 947 e 976 a 987, do CPC, a jurisprudência uniformizadora terá efeito vinculante.<sup>64</sup>

Os precedentes também não se confundem com as decisões judiciais. Em que pese todo precedente resultar de uma decisão judicial, esta nem sempre se constituirá num precedente,<sup>65</sup> ainda que proferida pelas cortes de sobreposição (STJ e STF). A decisão judicial que se limita a empregar o texto legislativo sobre o qual não paira controvérsia ou que remeta a uma decisão paradigma (*leading case*) anterior como critério normativo aplicável ao caso, não terá o *status* de precedente.<sup>66</sup> Segundo Marinoni “uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração do precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou reafirmar precedente”.<sup>67</sup>

A súmula, por sua vez, não decorre de uma decisão prolatada num caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, “extraído de reiterados julgamentos, formulado em termos

---

<sup>60</sup> Segundo Danyelle Galvão, “a força normativa da jurisprudência depende da pluralidade de decisões em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo, ao passo que no precedente judicial a força decorre de uma decisão unitária, cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso concreto e cuja norma é aplicada – a depender da vinculação – aos casos semelhantes subsequentes (GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 49).

<sup>61</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Para Zanetti Jr, “os precedentes não se confundem com jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria” (ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306-307).

<sup>64</sup> Nesse ponto explica Mitidiero que a jurisprudência uniformizadora é “formal (sua formação depende de uma forma específica – mediante incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de controle de constitucionalidade), independe de reiteração de julgamentos e é obrigatória” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94).

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 158

<sup>66</sup> ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309.

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016 p. 158-159.

gerais e abstratos”,<sup>68</sup> de modo que não versa sobre o contexto fático que está na base da questão jurídica e, portanto, não pode ser confundido com um precedente. No procedimento de confecção da súmula não há preocupação com o substrato fático do qual emanou determinada tese jurídica, pois o que importa é a adequada delimitação de um enunciado jurídico<sup>69</sup> que espelhe o entendimento jurisprudencial do órgão julgador. Em outras palavras, a súmula, quer seja persuasiva ou vinculante, “é apenas um extrato, a enunciação destacada de uma tese jurídica vencedora ou do entendimento de algum tribunal, que facilita a identificação da jurisprudência dominante daquele órgão pelos demais julgadores”.<sup>70</sup>

A emenda constitucional 45/2004 inseriu em nosso ordenamento jurídico a súmula vinculante,<sup>71</sup> positivando-a no artigo 103-A, da Constituição da República, o qual estabeleceu poder ao Supremo Tribunal Federal para “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta (...)”. Como se vê, a súmula vinculante, ao contrário do precedente, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos extraídos de uma determinada decisão.<sup>72, 73</sup>

No que diz respeito à forma de aplicação, a diferença entre súmula vinculante e precedente é significativa. Enquanto o precedente se constitui “num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de uma ponderação material de referência casuística”,<sup>74</sup> o enunciado de súmula vinculante possui uma

<sup>68</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 162.

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 160-161

<sup>70</sup> GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p.51.

<sup>71</sup> Sobre a crítica à forma de elaboração das súmulas vinculantes no Brasil, mormente sobre a ausência, por vezes, de decisões reiteradas a respaldar a criação do enunciado sumular, ver: NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC: enunciados de súmula e pseudo colegialidade. **Justificando**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/08/28/novo-cpc-enunciados-de-sumula-e-pseudo-colegialidade/>>. Acesso em: 15 abr. 2022;

<sup>72</sup> ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. Vol. 165/2008, nov. 2008, p. 218-230, p. 1.

<sup>73</sup> Para Andre Ramos Tavares a sumula vinculante “é uma espécie de decisões proferidas numa dimensão concreta e uma decisão sumulada proferida com caráter geral (abstrato)”, de modo que “os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos erga omnes” (TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante – estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: Método, 2007, p. 13).

<sup>74</sup> ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. Vol. 165/2008, nov. 2008, p. 218-230, p. 2.

natureza geral e abstrata a ser aplicada “por um critério de subordinação lógico-subsuntivo, tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional”.<sup>75</sup>

O precedente judicial, frise-se, decorre da resolução de um caso da qual se extrai um *principium* argumentativo que passará a ser empregado em casos futuros com similitude fática.<sup>76</sup> Daí porque, num sistema de precedentes, o órgão julgador responsável por formar precedente obrigatório deve externar, com clareza, os fatos objeto da causa, os fundamentos de direito, as diretivas interpretativas e as opções valorativas adotadas para a solução do caso. Nas palavras de Marinoni “a individualização dos critérios de interpretação serve para elucidar as razões determinantes do precedente e, assim, para permitir uma análise racional de sua futura aplicabilidade”.<sup>77</sup>

Com olhos voltados para as regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, Mitidiero afirma que o legislador introduziu o conceito de precedentes no direito brasileiro, os quais são formados “a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade”.<sup>78</sup> Segundo o citado autor os precedentes somente podem ser formados por decisões das cortes de sobreposição (STJ e STF); os Tribunais Estaduais e os Tribunais Regionais Federais, também denominados de Cortes de Justiça, dão lugar à jurisprudência, e, as súmulas colaboram tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça, logo, podem ser erigidas de quaisquer dessas Cortes.

Para o presente estudo, duas questões sobre a aplicação e eficácia do precedente ganham destaque, as quais podem assim ser resumidas: (i) no que constitui similaridade fática exigida para aplicação do precedente e a quem cabe tal análise? e, (ii) todo e qualquer precedente oriundo das Cortes Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – possui força vinculante?

---

<sup>75</sup> ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. Vol. 165/2008, nov.2008, p. 218-230, p. 2.

<sup>76</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p..220.

<sup>77</sup> Marinoni ainda explica que a “ausência de previa e clara fixação do tema a ser decidido, do método interpretativo e das opções valorativas comprometem a possibilidade de identificação do que se decidiu e com base em que se decidiu, ou seja, impossibilitam o delineamento dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 181-182).

<sup>78</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

Em relação à primeira indagação, importante ficar claro que o precedente atinge as questões de direito,<sup>79</sup> malgrado esteja umbilicalmente ligado aos fatos do caso. Como cada caso penal possui suas particularidades, o que importa é o enquadramento do contexto fático sobre o qual se definiu o sentido da norma (constitucional ou infraconstitucional) aplicável na hipótese. Por óbvio, não se exige para a aplicação do precedente que os fatos do caso-precedente sejam absolutamente idênticos, pois para este tipo de situação haverá a incidência, a depender da situação processual, da coisa julgada ou da litispendência.

Competirá ao juiz do caso sob exame, no qual as partes alegam a existência de um precedente, verificar a existência da similitude fática entre o caso-precedente e o caso em julgamento, justificando em sua decisão os “critérios que levaram à assimilação ou não dos fatos e, mais ainda, à adoção ou não das razões do precedente para a solução da situação fática sob análise”.<sup>80</sup> Com efeito, se é certo dizer que nenhum caso penal é absolutamente igual ao outro - até porque se for será o caso de incidência dos institutos de litispendência ou coisa julgada -, também é correto falar que no processo penal, diante da exigência de correlação entre acusação e sentença,<sup>81</sup> a imputação contida na denúncia, consistente na narrativa fática acompanhada da qualificação jurídica empreendida pela acusação, favorece o raciocínio comparativo entre o precedente paradigma e o caso a ser julgado.

Vale dizer, quando o precedente tratar da incidência de determinado tipo penal ou até mesmo da proporcionalidade do seu preceito secundário parece não haver maiores dificuldades na sua aplicação para os casos futuros, porquanto a imputação contida na denúncia que tenha por objeto o mesmo tipo de injusto, per si, representa a similitude fática exigível para aplicação do precedente. Veja-se, por exemplo, o recente precedente firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 979.962,<sup>82</sup> com definição do tema 1003, no qual se reputou desproporcional a pena prevista para o crime tipificado no artigo 273, §1º, B, inciso I, do Código Penal, que era de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, repristinando-se a pena originária prevista ao delito – de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão. Neste caso, não há

---

<sup>79</sup> Conforme explica Marinoni “é natural que uma decisão acerca de uma questão de fato não possa constituir precedente, eis que a decisão sobre fato é sempre única (...) Deve restar evidente, portanto, que a parte da decisão que constitui precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 189.

<sup>81</sup> Sobre o tema, por todos, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

<sup>82</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 979.962/RS**. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 18 mar. 2021.

maiores dúvidas sobre a aplicabilidade do precedente para todos os casos em que a imputação for pela prática do tipo de injusto previsto no supracitado dispositivo legal.

A complexidade pode surgir, porém, nos casos em que a imputação tem por objeto o mesmo crime contra a saúde pública, mas em modalidade distinta, como por exemplo, em vez de ser indicado o inciso I, do §1ºB, do artigo 273 – importar, expor a venda, vender produto medicinal sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária -, indica-se o inciso III – importar, expor a venda, vender produto medicinal sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização. Diante desse cenário, pode-se indagar: é possível aplicar o precedente firmado pelo STF no tema 1003 e considerar que a pena para este delito também deve ser a de 1 (um) a 3 (três) anos? E como fica a similitude fática? O acusado de vender ou expor a venda produto medicinal sem as características de identidade e qualidade admitidas para a comercialização deverá percorrer todas as instâncias jurisdicionais para buscar a declaração de inconstitucionalidade da pena?

As respostas para estas instigantes indagações são encontradas na doutrina de Zanetti que, com base em aprofundado estudo dos autores Frederick Schauer, Carlos Bernal Pulido e outros, sustenta, em síntese, que a base argumentativa lastreada em normas, e não apenas em fatos, pode amparar a aplicação do precedente. Isso porque, quando a tônica argumentativa é baseada nas normas exaradas do precedente, o foco para utilização nos casos futuros deixa de ser uma comparação dos elementos particulares do caso e passa para uma comparação das regras jurídicas aplicáveis, “dando acento na questão propriamente normativa”.<sup>83</sup> Para o autor “deve ser preferida uma argumentação jurídica que, na aplicação dos precedentes, preocupe-se em demonstrar/justificar a identidade dos casos não somente pelas características fáticas, mas pela similitude de problemas de direito, questões normativas, as regras extraídas, dando assim privilégio a universalização da regra jurídica firmada no precedente”.<sup>84</sup>

Dessa forma, diante da similitude do problema do direito dos casos hipotéticos acima trabalhados e, levando-se em consideração que a base argumentativa disposta no precedente decorre de questões normativas – desproporcionalidade da pena prevista para o crime do 273, §1º-B, I, do Código Penal, parece, a priori, ser viável sua aplicação, mormente porque inexistente nenhuma distinção de tutela de bens jurídicos a respaldar diferenciação no preceito secundário entre a conduta de quem importa, vende ou expõe a venda produto medicinal sem autorização

---

<sup>83</sup> ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306

<sup>84</sup> *Idem*, p 307.

da vigilância sanitária, para a conduta de quem pratica as mesmas ações típicas em relação a produto sem as características de identidade e qualidade para a comercialização.

Assim, a despeito da inegável importância do contexto fático para aplicação dos precedentes, especialmente os de eficácia vinculante, importante levar em consideração que em determinados casos o que constituirá a regra universalizável – *ratio decidendi* - serão as questões normativas, os problemas de direito debatidos no caso-precedente.

Superado este ponto, no que concerne à eficácia vinculante ou persuasiva dos precedentes, embora exista forte corrente doutrinária que sustente ser o precedente apenas o pronunciamento judicial, com características de integração do sentido da norma, oriundo de Cortes Supremas e sempre com eficácia obrigatória, adota-se no presente estudo posição distinta. É o que se passa a desenvolver no tópico seguinte.

#### 1.4 PRECEDENTES PERSUASIVOS E VINCULANTES, RATIO DECIDENDI E AS TÉCNICAS DE DISTINÇÃO/AFASTAMENTO (DISTINGUISHING) E REVOGAÇÃO (OVERRULING) DO PRECEDENTE DE EFICÁCIA OBRIGATÓRIA

Não há na doutrina um tratamento uniforme sobre a força dos precedentes judiciais em relação aos casos futuros. Para Marinoni,<sup>85</sup> Mitidiero,<sup>86</sup> e Kircher<sup>87</sup> só é possível falar em precedente quando se está diante de pronunciamento judicial com força vinculante, o qual somente pode decorrer de uma Corte Suprema, cuja posição hierárquica e a atribuição constitucional de definir o sentido da norma da constituição ou da legislação infraconstitucional

---

<sup>85</sup> Segundo Marinoni “um precedente, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deve ser respeitado por quem produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. (...) Registre-se, então, que a natureza persuasiva do precedente deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir o respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante de suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p.87-95).

<sup>86</sup> Para o autor “os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. Isso quer dizer que existe no direito brasileiro um forte efeito vinculante dos precedentes (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84).

<sup>87</sup> Para Kircher “os precedentes são uma expressão do Direito (fonte do Direito), portanto, não há liberdade judicial para não segui-los, sob pena de violação das regras básicas oriundas da configuração do Estado de Direito. (...) No Brasil, as cortes que produzem precedentes no âmbito penal, por força de determinação constitucional, são o STJ e o STF” (KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 131-144).

demandaria necessária obediência de seus precedentes por parte das Cortes de Justiça – TJs e TRFs.

De igual modo, para Zanetti Jr todo precedente judicial possui força vinculativa, embora possa, segundo o autor, verificar-se graus diferentes de vinculação de acordo com o “ponto de vista argumentativo-racional e o ponto de vista legislativo-formal<sup>88</sup>”. Segundo Zanetti Jr. os precedentes são vinculantes e podem ser assim classificados:

(a) precedentes normativos vinculantes, existentes independentemente de qualquer previsão legal, em virtude de determinado ordenamento jurídico “partir da premissa de que casos iguais devem ser tratados de forma igual e de que existe um ônus argumentativo para superar ou afastar o caso-precedente na análise do caso-atual” e de que “as decisões dos órgãos de vértice devem ser levadas em consideração no momento de decidir os casos-atuais”, sendo que tais precedentes – normativos vinculantes - “possibilitam a impugnação de forma autônoma apenas nos ordenamentos de elevado grau de maturidade institucional, aceitando por via recursal, que as decisões que não seguirem o precedente devem ser reformadas”, admitindo-se “a distinção/afastamento e a superação do caso-precedente estabelecido pelo próprio tribunal em face do caso-atual nas razões de decidir, sem exigência de quórum qualificado”.<sup>89</sup>

(b) precedentes normativos formalmente vinculantes, que se diferenciam dos acima conceituados em virtude da vinculatividade estar prevista em lei, a qual “reforça a presunção a favor do precedente através da obrigatoriedade de seguir seus próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores”.<sup>90</sup>

(c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, nos quais a “vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei” e se diferenciam dos anteriores porque “possibilitam a impugnação por via recursal (vias ordinárias) e por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária), quando as decisões desrespeitarem a

---

<sup>88</sup> ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 324-325.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 325

<sup>90</sup> *Ibidem*.

autoridade do precedente, negando sua aplicação, aplicando-o de forma equivocada ou parcial”.<sup>91</sup>

Para o supracitado autor, os precedentes normativos formalmente vinculantes, ou seja, previstos na Constituição ou na Lei, não admitem superação por órgão de hierarquia inferior.

Por outro lado, há na doutrina posicionamento oposto, em que se defende a existência de precedentes de eficácia meramente persuasiva, “sem autoridade vinculativa formal, consistindo apenas em autoridade de fato ou moral”,<sup>92</sup> em relação aos quais os tribunais e juízes não devem obediência podendo os seguir se estiverem convencidos da sua correção. Em outras palavras, e para ser mais preciso, sustentam, entre outros, Danyelle Galvão,<sup>93</sup> Alexandre Câmara,<sup>94</sup> Fábio Monnerat,<sup>95</sup> Rogério Tucci,<sup>96</sup> Roberto Barroso,<sup>97</sup> Fredie Didier Jr.,<sup>98</sup> em apertada síntese, que nem todo precedente judicial terá força vinculante, ainda que seja oriundo do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Adota-se no presente trabalho, cujo escopo é verificar se e em que medida o habeas corpus pode servir de instrumento formador de precedente vinculante, a posição doutrinária

---

<sup>91</sup> ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 326

<sup>92</sup> GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 68.

<sup>93</sup> Segundo Danyelle Galvão “apesar de se considerar que STJ, TSE e STF possuem função nomofilática, não se pode reduzir a atuação apenas a isso, tampouco considerar que todas as suas decisões sejam vinculantes” (GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 69).

<sup>94</sup> Em apertado resumo, para Câmara a eficácia vinculante do precedente dependerá da observância do contraditório e da formação participativa da decisão judicial que, em última análise, conferirá legitimação democrática ao padrão decisório vinculante (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 142).

<sup>95</sup> Para o autor só goza de eficácia vinculante os precedentes qualificados, “entendidos como julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei voltados à formação de um precedente apto a expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito a ser aplicado nos demais casos que envolvem a mesma matéria”, sendo que os procedimentos previstos para sua formação são dotados de uma maior influência dos princípios do contraditório, da motivação e da publicidade” (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Sumulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57).

<sup>96</sup> Para Barroso e Mello, “pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, possuem três espécies de eficácia. (...) os precedentes com eficácia meramente persuasiva, com efeitos restritos às partes e são importantes para a interpretação do direito, para argumentação e para o convencimento dos magistrados; os precedentes normativos em sentido forte que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação; e eficácia intermediária, aos quais o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória” (BARROSO, Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n.05, p. 09-52, jul/set. 2016, p.13.

<sup>97</sup> Em posição bastante refratária à natureza vinculante dos precedentes judiciais, Tucci afirma que “a despeito de inúmeras referências, constantes do vigente Código de Processo Civil, os acórdãos, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, nos incidentes de resolução e de demandas repetitivas, de recursos repetitivos ou de assunção de competência, não desfrutam, como acima observado, de eficácia vinculante (TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p.173).

<sup>98</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018.

sustentada por Alexandre Câmara, na qual se reconhece a coexistência de precedentes persuasivos (ou argumentativos) e vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, direcionando-se a preocupação, no que tange ao precedente de eficácia vinculante, não somente ao órgão jurisdicional emanador da decisão, mas ao modo como, “no processo de formação dessas decisões, deve desenvolver-se o contraditório, o qual é não só a nota característica de qualquer processo, mas é também elemento essencial para a formação de uma decisão que produzirá efeitos (como precedente) sobre pessoas que não terão participado de sua produção”, bem como no modo como deve ocorrer a deliberação do órgão jurisdicional colegiado<sup>99</sup> voltado à formação do precedente vinculante.

Como se demonstrará no capítulo 3 do presente trabalho, a exigência de (possibilidade de) participação na formação do precedente por intermédio de *amici curiae* (e até mesmo de audiência pública), a deliberação por órgão colegiado de maior hierarquia do Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção) ou do Supremo Tribunal Federal (Pleno) e a afetação motivada do *writ* para o julgamento neste órgão, são requisitos indispensáveis para lhe empregar eficácia vinculante. Esclareça-se, nesse ponto, que nem toda decisão judicial se constituirá num precedente e nem todo precedente judicial terá força vinculante. É possível se ter uma decisão judicial em habeas corpus perante o e. Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal que se limite a aplicar a regra constitucional ou legal de forma subsuntiva, sem qualquer integração ou definição do sentido da norma, ou de acordo com precedente anterior fixado, com o que não se estará diante de um novo precedente judicial, assim como é possível ter-se um precedente oriundo de habeas corpus julgado pelo órgão fracionário, ou até mesmo pelo órgão máximo do Corte Suprema, que mesmo implicando em atribuição de sentido à norma não goze de status vinculante por não ter passado pelos critérios imprescindíveis para a formação do precedente obrigatório.

A premissa da qual se parte neste estudo, portanto, é de que nem todas as decisões enumeradas no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 possuem eficácia vinculante, não bastando, para o que aqui importa, repise-se, que a decisão tenha sido proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão especial (ou 3ª Seção) do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, “o que legitima a distinção entre precedentes dotados de eficácia vinculantes e precedentes dotados de eficácia meramente argumentativa ou persuasiva é a

---

<sup>99</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p.142.

amplitude do contraditório, capaz de assegurar uma participação qualificada em sua formação”.<sup>100</sup>

Lógico que, para fins de racionalização do sistema de justiça criminal, no qual se efetive a segurança jurídica e previsibilidade dos jurisdicionados acerca das condutas lícitas/ilícitas (no âmbito do direito penal material) e/ou válidas/inválidas (no âmbito do direito processual) é desejável que, mesmo diante de precedentes persuasivos oriundos das Cortes de sobreposição, haja um respeito, no sentido de orientação para os casos futuros, pelo órgão prolator (autoprecedente), pelos órgãos do mesmo tribunal (precedente horizontal) e pelos órgãos judiciários de hierarquia inferior (precedente vertical). Isto porque, conforme ensina Estefânia Barboza “a segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou Câmaras de um mesmo tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes”.<sup>101</sup>

De fato, afigura-se desarrazoado e injustificável que tribunais e juízes, diante de jurisprudência uniformizada e/ou de precedentes persuasivos ou vinculantes da Corte Suprema acerca de determinada matéria, insistam em não os respeitar. Como já teve a oportunidade de assentar o Min. Rogério Schietti, “nenhum acréscimo às instituições e ao fundamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativa desse jaez, que apenas consagram uma resistência estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários a partir da qual cabe ao STJ a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República”.<sup>102</sup>

Não obstante, há uma diferença entre a natureza da força do precedente que se dá no campo do ônus argumentativo imposto aos órgãos jurisdicionais para a sua não aplicação, de modo que sendo de natureza vinculante inescapavelmente terá o órgão judicial que demonstrar concretamente estar diante de situação jurídica distinta do caso precedente (*distinguishing*) que permite afastar a *ratio decidendi* dele oriunda, ou ainda, sendo o mesmo órgão prolator, que se está diante da necessidade de superação (*overruling*) e revogação do precedente.

Com efeito, como explica Mitidiero “a *ratio decidendi* de uma questão constitui o resultado de uma generalização das razões invocadas pela corte que julgou o caso devidamente

---

<sup>100</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p.183

<sup>101</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237.

<sup>102</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 276.152/SP**, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJE 31.03.2014.

apreendido pelo juiz ou pela corte que deve julgar o caso novo”,<sup>103</sup> de modo que “a aplicação de um precedente vinculante demanda a individualização dos pressupostos fáticos-jurídicos essenciais que dão vida aos casos e a busca e semelhanças ou distinções relevantes”.<sup>104</sup>

A identificação da *ratio decidendi*, como já exposto em tópico anterior, não é tarefa fácil, havendo divergência doutrinária sobre o método mais adequado para defini-la e determinar o seu alcance e abrangência.<sup>105</sup> Como explicam Patrícia Mello e Roberto Barroso, no método “denominado fático-concreto, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante) e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X”. Ou seja, para este método o que importa é o que o órgão jurisdicional decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, “não os fundamentos que invocou para justificar a decisão”.<sup>106</sup> Por outro lado, no método abstrato normativo, “a decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar toda as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude”, ganhando relevância essencial os fundamentos da decisão lançados como pressupostos para a solução concreta alcançada pelo tribunal.<sup>107</sup>

Como afirmam os mencionados autores, ambos os métodos são essenciais para a identificação da *ratio decidendi*, cuja formulação adequada depende da avaliação dos seguintes aspectos: (i) fatos relevantes; (ii) a questão jurídica posta em juízo; (iii) os fundamentos da decisão, (iv) a solução determinada pela corte e, (v) em tribunais em que a decisão se dá pela votação em série é preciso identificar qual foi a posição da maioria dos julgadores sobre tais aspectos.<sup>108</sup> O que tiver de fora desses aspectos, malgrado conste da decisão será compreendido como *obter dictum* – considerações colaterais indiferentes para à decisão do caso – e, portanto, não comporá a *ratio decidendi* – norma universalizável extraída do precedente.

Com efeito, para encerrar o presente tópico, é preciso deixar claro que mesmo diante dos precedentes vinculantes (também denominados de precedentes qualificados ou padrões decisórios de eficácia obrigatória) não há o engessamento definitivo do Direito, muito menos se retira do juiz a possibilidade de analisar, com independência, os casos concretos submetidos

---

<sup>103</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> BARROSO, Roberto e MELLO Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n.05, p. 09-52, jul/set. 2016, p.20.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>108</sup> *Idem*, p.23.

ao seu poder jurisdicional.<sup>109</sup> A norma extraída do caso precedente pode ser afastada pelo Juiz que, ao fazer a análise comparativa entre o caso paradigma e o caso atual, observar que há distinção das situações concretas (*distinguishing*)<sup>110, 111</sup> deixando de aplicá-la no caso sob julgamento. Por outro lado, pode ocorrer a revogação do precedente por novo julgado, desde que proferido pela mesma corte ou por corte de hierarquia superior e mediante fundamentação específica, na qual se demonstre a vigência de novos fatos sociais, políticos ou jurídicos que demandam a revisão do precedente, levando-se em consideração, ademais, “os valores que sustentam a estabilidade, basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta”.<sup>112, 113</sup>

## 1.5 AS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ENQUANTO CORTES DE PRECEDENTES: A DEFINIÇÃO DA MELHOR INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEDERAL (STJ) OU CONSTITUCIONAL (STF) E OS JULGAMENTOS REALIZADOS NO ÂMBITO DE HABEAS CORPUS E RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

O presente tópico tem por objetivo analisar as funções desempenhadas pelas Cortes de sobreposição – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – na administração da justiça do país. Com efeito, seja do ponto de vista interno (para quem faz parte do sistema judiciário), seja do ponto de vista externo (para os jurisdicionados), é de suma relevância a

<sup>109</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Sumulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2019, p. 418.

<sup>110</sup> Para Teresa Arruda Alvim, por meio da técnica do *distinguishing* “o tribunal faz referência ao precedente e diz que seria literalmente aplicado ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe neste caso e não existia no outro, a regra deve ser reformulada para se adaptar a essa circunstância” (ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 172, p. 136, 2009).

<sup>111</sup> Sobre *distinguishing* e *overruling*, Mitidiero explica que a distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está do âmbito do precedente. O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87).

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 358.

<sup>113</sup> A título de curiosidade, o exemplo mencionado por Marinoni como aplicação do *distinguishing* pelo STF diz respeito ao processo penal, mais especificamente sobre o alcance da súmula 691, que fora afastada no HC 85.185, de relatoria do Min. Cezar Peluso, em virtude da existência de flagrante ilegalidade da decisão liminar proferida, à época, pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça.

definição dos papéis que devem ser desempenhados pelos órgãos jurisdicionais que compõe a estrutura do poder judiciário,<sup>114</sup> os quais, no que concerne ao processo penal, devem ser buscados na Constituição e no direito processual penal. Vale dizer, para o que aqui importa, é preciso pensar numa estrutura tal que permita a concretização das garantias da ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, com acerto racional do caso penal e isonomia na aplicação das regras penais e processuais penais.

Desse modo, a questão que se impõe é saber se as cortes do país estão todas voltadas a promover concomitantemente as mesmas funções ou se, ao revés, deve existir uma distribuição de tarefas que imprima racionalidade ao sistema judiciário. Segundo aponta Mitidiero “uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes”.<sup>115</sup>

Os tribunais de segundo grau de jurisdição (TRFs e TJs) possuem a função primordial de (re)julgar os casos concretos, com ampla valoração fática e probatória do que foi produzido em primeiro grau, não tendo como missão o dever de dar a última palavra sobre o sentido normativo da Constituição e/ou da Lei. Eis a razão pela qual tais tribunais são compreendidos como Cortes de Justiça, responsáveis por reavaliar, de forma ampla e plena, os aspectos fáticos e probatórios do caso concreto, exercendo, portanto, um controle retrospectivo sobre as causas julgadas pelos magistrados singulares.<sup>116</sup>

As Cortes de Precedentes têm por finalidade realizar a interpretação prospectiva e conferir unidade do direito mediante a formação de precedentes. Ou seja, “devem atuar a fim de guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil, outorgando unidade do direito mediante sua adequada interpretação”.<sup>117</sup>

Marinoni, após verticalizada análise sobre a origem e superação do modelo de Corte de Cassação, à qual cabia o dever de controle da legalidade numa perspectiva absolutamente formalista, afirma que no contexto do Estado Constitucional as Cortes Supremas possuem a

---

<sup>114</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109.

<sup>117</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78-79.

função de colaboração com o desenvolvimento do direito, cabendo-lhes o monopólio da definição do sentido do direito.<sup>118</sup>

Por este prisma, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se consubstanciam num relevante instrumento de racionalização do discurso jurídico, uniformizando o entendimento, respectivamente, sobre a Constituição e sobre a lei federal, “funcionando seus julgados como precedentes a orientar a atuação das instâncias ordinárias, razão pela qual devem ser exemplares e paradigmáticos, pois seus precedentes exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta fluindo”.<sup>119</sup>

Em interessante estudo sobre as Supremas Cortes europeias, Alan Uzêlac observou existir, acerca da função principal por elas desempenhadas, um certo equilíbrio na atividade jurisdicional entre julgamentos de causas com interesse “público” e “particular”, isto é, com interesse geral, para toda a sociedade, ou individual, restrito às partes, destacando, contudo, que as supremas cortes desempenham um papel proeminente de esclarecimento, unificação e desenvolvimento das normas jurídicas.<sup>120</sup> O referido autor também apontou, de forma crítica, que diversas cortes supremas, especialmente as instituídas nos países de tradição *civil law*, dedicam boa parte de suas atividades à resolução de demandas individuais, nas quais, em razão do número excessivo de demandas, não raramente há uma dificuldade no enfrentamento de questões (por ele denominadas) de propósito público.<sup>121</sup>

Ao mirar para o desenho constitucional dado ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à justiça criminal, verifica-se uma elasticada competência que vai dos recursos extraordinários aos habeas corpus, passando por recurso ordinário em habeas corpus, mandados de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança e conflito de competência.

---

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 137.

<sup>119</sup> RODOVALHO, Thiago. As funções das Cortes Superiores. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (org) **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 205-215.

<sup>120</sup> UZELAC, Alan. **Cortes Supremas no século XXI: a organização deve moldar-se à função**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 217-234.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

Com efeito, se em sede de recursos extraordinários, previstos respectivamente nos artigos 102, III<sup>122</sup> e 105, III,<sup>123</sup> da Constituição da República, parece não haver muitas dúvidas sobre a função prospectiva e de unidade da interpretação da norma constitucional e da lei federal, pois que o próprio texto constitucional atribui tal função de cortes de sobreposição<sup>124</sup> ao STF e ao STJ<sup>125</sup> no julgamento de tais recursos, o mesmo não pode ser dito em relação às atribuições delimitadas na Constituição para o âmbito do *habeas corpus* ou do recurso ordinário em *habeas corpus*.

Ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente, a Constituição da República apenas estabelece no artigo 102, inciso I, que compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente ‘d’ - o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores – ‘b’ e ‘c’ -; ‘i’ – o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; e, no artigo 102, inciso II – julgar em recurso ordinário: a) *habeas corpus* (...) decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Da análise de tais dispositivos não se verifica a atribuição de função típica de uma Suprema Corte, de modo que não parece ser possível afirmar que toda e qualquer decisão proferida por órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de

---

<sup>122</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:(...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

<sup>123</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>124</sup> O termo “corte de sobreposição” está aqui empregado no sentido delimitado por Kozikoski enquanto Cortes que, ocupando posição hierarquicamente superior aos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, desempenham a função de definir a adequada interpretação da lei federal ou da Constituição, não lhes cabendo a tarefa de reexame fático-probatório da causa (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis. Teoria geral e recursos em espécie**. 5ª ed. Juruá. 2022).

<sup>125</sup> Sobre a função do STJ em sede de recurso especial, Marinoni explica que esta Corte “tem a missão de definir o sentido da lei federal e de garantir a sua uniformidade no território nacional. Isso fica claro a partir do teor das disposições que regulam a interposição do recurso especial (...). Afirma-se que cabe à Corte julgar se a decisão do Tribunal de Justiça ou Regional Federal contrariou tratado ou lei federal, ou negou-lhes vigência, e também se decisão desses tribunais, ao aplicar lei local, afrontou lei federal. Além disso, deixa-se claro que o STJ tem a incumbência de definir a interpretação que deve prevalecer quando a decisão recorrida tiver dado à lei interpretação diversa de que lhe deu outro tribunal (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 115).

Justiça, em sede de habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus, obrigatoriamente produzirá efeitos vinculantes e *erga omnes*.<sup>126</sup> Isso, no entanto, não significa que referidos mecanismos não possam servir de instrumento de formação de precedente vinculante. Ao contrário, como se procurará demonstrar no presente trabalho, o *writ* e, por consequência, o recurso ordinário em habeas corpus, podem também servir a tal finalidade, mas para tanto há que se analisar quais requisitos são imprescindíveis para que um acórdão, proferido no âmbito do habeas corpus julgado pelo STJ ou STF, ganhe status de precedente vinculante.

A preocupação da análise, portanto, não pode se limitar única e exclusivamente em saber se a decisão decorre do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, mas sim em se determinar quais técnicas devem ser empregadas no julgamento de habeas corpus destinado a formar o precedente vinculante.

Dentre tais técnicas, diante do que hoje está regulamentado pelo Código de Processo Civil, encontra-se a necessidade de o julgamento da demanda ocorrer perante o órgão qualificado das cortes de sobreposição. Ora, se o tema foi enfrentado pelo órgão qualificado do Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção) ou do Supremo Tribunal Federal (Pleno), ainda que em demanda de natureza subjetiva, parece ser razoável, a princípio, exigir o respeito obrigatório por parte dos membros da mesma corte, bem como dos Tribunais e dos juízes de instâncias hierarquicamente inferiores, razão pela qual o tópico subsequente se destinará ao exame específico do tema.

## 1.6 A ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU DA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO PRECEDENTE VINCULANTE NA ESFERA CRIMINAL

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu no artigo 927, que os juízes e os tribunais devem observar: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, (ii) os enunciados de súmula vinculante, (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de

---

<sup>126</sup> Nesse sentido, afirma Danyelle Galvão que “Apesar de se considerar que o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal possuem função nomofilática, não se pode reduzir a atuação apenas a isso, tampouco considerar que todas as suas decisões sejam vinculantes (...)” (GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 69).

recursos extraordinário e especial repetitivos, (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e, (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A interpretação literal do dispositivo não deixa muita margem de dúvida sobre a eficácia vinculante que o legislador conferiu aos pronunciamentos judiciais oriundos dos órgãos qualificados das Cortes de sobreposição, pois ao estabelecer que “os juízes e os tribunais observarão” tais hipóteses, empregou-lhe dever de observância obrigatória.<sup>127</sup>

Há, entretanto, quem sustente a inconstitucionalidade do artigo 927, especialmente dos incisos III, IV e V, pois a obrigatoriedade de seguir os entendimentos dos Tribunais Superiores estaria limitada constitucionalmente às decisões de controle de constitucionalidade e aos enunciados de súmula vinculante, por força do artigo 103-A, da Constituição da República.<sup>128</sup>

Em posição diametralmente oposta, partindo da premissa de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são Cortes de Precedentes, Marinoni<sup>129</sup> e Mitidiero<sup>130</sup> entendem que o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, de modo que outras decisões oriundas de tais Cortes podem originar precedente vinculante. Com efeito, levando-se em conta que a posição dos referidos autores está vinculada à função nomofilática que as Cortes Superiores desempenham no ordenamento jurídico pátrio, mormente no que toca à atribuição jurisdicional delimitada para o julgamento dos recursos extraordinários,

---

<sup>127</sup> Para Lênio Streck, embora não se possa falar em sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015, o artigo 927 “elencou diversos provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#:~:text=Ora%2C%20o%20fato%20de%20o,gnu%C3%ADno%20precedente%20do%20common%20law>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>128</sup> Sobre o tema afirma Tucci que “salta aos olhos o lamentável equívoco constante deste dispositivo, que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” – submissão aos mencionados pronunciamentos, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante. (...) Daí, em princípio, a inconstitucionalidade *prima facie* da regra examinada, visto que a Constituição Federal, no art. 103-A, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo com quórum de dois terços, e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade” (TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p.167).

<sup>129</sup> Segundo Marinoni “para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados pelos juízes e tribunais, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Portanto, o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo”.

<sup>130</sup> Para o autor “a força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo (...). O art. 927 do CPC, deve ser visto [de um lado] como meramente exemplificativo e de outro deve ser visto como qualitativa e funcionalmente incompleto (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86-93).

ainda que por órgão fracionário, é razoável concluir que a decisão proferida por órgão qualificado das Cortes de Precedentes possui natureza de precedente vinculante.

A questão é que, como dito anteriormente, nem sempre a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estará voltada a dizer, em última instância, qual o sentido correto da legislação infraconstitucional e da norma constitucional.<sup>131</sup> Ao revés, extrai-se das regras constitucionais uma complexa e ampla competência das Cortes Superiores para julgamento de ações e recursos (mandado de segurança, habeas corpus, recurso ordinário em habeas corpus, ações penais originárias) que não são vocacionados à formação de precedente vinculante, pois que não possuem, como regra, a finalidade de analisar e “corrigir” a interpretação dada à lei federal ou à constituição pelos Tribunais de segundo grau de jurisdição, o que, como consequência lógica resultaria na definição da interpretação correta/adequada de tais normas.

Portanto, a posição seguida neste estudo é de que, a despeito do disposto no inciso V do artigo 927, do Código de Processo Civil, o julgamento do habeas corpus ou do recurso ordinário em habeas corpus pelo órgão de maior hierarquia do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por si só, não produzirá eficácia vinculante. Por certo, é inegável que o julgamento realizado pelos órgãos qualificados das Cortes Superiores deve possuir força argumentativa perante os órgãos fracionários do mesmo tribunal e perante os órgãos jurisdicionais que estão abaixo na pirâmide da estrutura judicial do país; contudo, para que possam produzir eficácia obrigatória para casos futuros, exige-se mais, principalmente quando se está a tratar de matéria de natureza penal ou processual penal.

Com efeito, na linha do que defende Monnerat “a falta de um pronunciamento minimamente garantidor da observância ou maximização do princípio do contraditório, da publicidade e motivação (...) impede a conclusão no sentido de que toda e qualquer orientação de plenário seja, por si, vinculante”.<sup>132</sup> Ademais, explica o autor que do ponto de vista dogmático o Código de Processo Civil não faz nenhuma outra referência à “orientação de plenário”, quer seja sobre o procedimento para sua formação, quer seja sobre sua funcionalidade.

Outra questão interessante relativa ao inciso V, do artigo 927, do Código de Processo Civil diz respeito ao alcance da expressão “orientação de plenário ou de corte especial” para os casos em que o Tribunal possui órgão interno, distinto da corte especial, com atribuição para

---

<sup>131</sup> GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 69.

<sup>132</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Sumulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 183.

sedimentar posicionamentos sobre determinados temas jurídicos. É o caso específico do Superior Tribunal de Justiça, cujo Regimento Interno atribuiu função (quase exclusivamente) administrativa ao Pleno,<sup>133</sup> limitou a atuação da Corte Especial,<sup>134</sup> no que concerne à esfera criminal, ao julgamento de ações penais originárias que envolvam pessoas com foro especial por prerrogativa de função e de habeas corpus contra decisão de Ministro da Corte, e, no entanto, prevê no artigo 12, VII e parágrafo único,<sup>135</sup> o poder jurisdicional das Seções de definir a interpretação da norma federal. Isto porque, como se pode verificar dos mencionados dispositivos regimentais há uma nítida atribuição de poder jurisdicional às Seções de definirem o sentido da Lei Federal, no âmbito de competência de cada Seção, por meio (i) de julgamento de embargos de divergência, (ii) do procedimento atinente à elaboração de súmula de jurisprudência uniforme e (iii) do julgamento dos casos remetidos pelas Turmas.

Possível concluir, portanto, diante das competências estabelecidas no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que o entendimento definido por julgamento da 3ª Seção, na qual se reúnem as duas Turmas criminais, corresponde, a rigor, ao posicionamento da Corte sobre os temas criminais, equiparável à orientação de Plenário ou de Corte Especial mencionada no artigo 927, V, do Código de Processo Civil<sup>136</sup>.

Aliás, como ficará demonstrado no capítulo seguinte, nas buscas realizadas sobre julgamentos de habeas corpus ou recursos ordinários em habeas corpus afetados/remetidos pelo Relator ou Turma não se encontrou nenhum no âmbito da Corte Especial, ao passo que foram encontrados 13 (treze) acórdãos julgados pela 3ª Seção, os quais retratam a busca da Corte em

<sup>133</sup> A competência do Plenário do Superior Tribunal de Justiça está prevista no artigo 10, do RISTJ.

<sup>134</sup> A competência da Corte Especial está delimitada no artigo 11, do RISTJ, que estabelece quanto à matéria criminal, o seguinte: Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar: I - nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais; II - os *habeas corpus*, quando for paciente qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior; (...) V - as revisões criminais e as ações rescisórias de seus próprios julgados; VII - a exceção da verdade, quando o querelante, em virtude de prerrogativa de função, deva ser julgado originariamente pelo Tribunal; XI - as questões incidentes, em processos da competência das Seções ou Turmas, as quais lhes tenham sido submetidas (art. 16);

<sup>135</sup> Art. 12. Compete às Seções processar e julgar: VII - as questões incidentes em processos da competência das Turmas da respectiva área de especialização, as quais lhes tenham sido submetidas por essas; Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções: I - julgar embargos de divergência, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016) II - julgar feitos de competência de Turma, e por esta remetidos (art. 14); III - sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmula.

<sup>136</sup> Nesse sentido, afirma Fabio Monnerat que nas “situações de esgotamento de temas nas seções, o pronunciamento destas receberá o tratamento previsto no art. 927, V, e nos demais dispositivos normativos que façam referência aos provimentos de plenário” (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**. Técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 144).

pacificar determinados temas de direito penal e processual penal, ainda que por meio do *writ* ou de recurso ordinário em habeas corpus.

Repise-se, no entanto, que a posição aqui adotada é a de que para que o julgado ganhe força de precedente vinculante, além do julgamento ser realizado pelo órgão máximo regimentalmente estabelecido para conferir integridade e uniformidade de entendimento, faz-se imprescindível o cumprimento de outros requisitos que permitam sobretudo a comparticipação qualificada daqueles que possam ser atingidos pela norma definida judicialmente. Como se verá no capítulo destinado à análise empírica dos casos julgados pelas Supremas Cortes, no âmbito de habeas corpus e recursos ordinários em habeas corpus, os resultados nem sempre foram no sentido de avanço em termos de efetivação de direitos fundamentais, motivo a mais a indicar a necessidade de se estabelecer um procedimento criterioso para que uma demanda de natureza subjetiva possa servir de instrumento formador de precedente vinculante.

## 2. A CONSTATAÇÃO EMPÍRICA ACERCA DOS JULGAMENTOS DE HABEAS CORPUS E DE RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PELA 3ª SEÇÃO DO STJ E PELO PLENO DO STF

### 2.1 METODOLOGIA DA PESQUISA

A tese defendida neste trabalho parte da premissa de existência, na prática judiciária brasileira, de julgamentos de ação constitucional de habeas corpus e, por derivação, de recurso ordinário em habeas corpus, pelos órgãos qualificados das cortes de sobreposição do país, respectivamente, 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Dito de outra forma, ao se debruçar sobre o tema atinente à possibilidade de o *writ* servir de instrumento formador de precedente vinculante, a pesquisa aqui realizada, por escolha metodológica, não caminhou pelo debate teórico acerca da necessidade de instituir o habeas corpus como mais uma ferramenta de formação de precedente obrigatório, senão que, a partir da consideração de que há na prática das Cortes Superiores, cada vez mais, a remessa de relevantes temas atinentes à esfera penal e processual penal, pela via do *writ*, para deliberação dos órgãos de maior hierarquia, estabelecer critérios para formação do padrão decisório vinculante que decorra do referido instrumento.

Por essa razão, fez-se uma pesquisa empírica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca de habeas corpus e recursos ordinários em habeas corpus julgados, respectivamente, pela 3ª Seção da Corte Cidadã e pelo Pleno do Excelso Pretório.

Para a referida pesquisa se optou por um recorte temporal de casos julgados entre 01/03/2016 e 30/03/2022, justificado pelo início de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vez que, a rigor, é a partir da previsão constante no artigo 927, V, que se passa a falar sobre a formação de precedente vinculante decorrente de orientação firmada pelos órgãos qualificados das cortes de sobreposição em julgamento de casos individuais.

Diante deste recorte temporal, a pesquisa foi realizada no portal de buscas do STJ<sup>137</sup> com as expressões “recurso ordinário em habeas corpus e habeas corpus”, da qual resultou no âmbito da 3ª Seção e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça 71 (setenta e um)

---

<sup>137</sup> Verificar em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

acórdãos no total: 21 (vinte e um) da Corte Especial e 50 (cinquenta) da 3ª Seção. Nenhum julgado pela Corte Especial se referia à demanda afetada para deliberação do colegiado maior, senão que se tratavam todos de agravos regimentais erroneamente interpostos contra decisões oriundas das turmas criminais (5ª ou 6ª).

Dos 50 (cinquenta) julgados pela 3ª Seção, apenas 13 (treze) se referem efetivamente a demandas afetadas para a deliberação do referido órgão jurisdicional, sendo 2 (dois) em habeas corpus e 11 (onze) em recurso ordinário. Para chegar nesse número, realizou-se uma análise individual de cada caso, a partir da ementa e dos dados iniciais constantes do resultado das buscas formuladas com os filtros acima mencionados, promovendo-se o descarte dos casos que continham a expressão “habeas corpus” ou “recurso ordinário em habeas corpus” em suas ementas, mas tratavam de embargos de divergência ou agravo regimental, ou seja, não estavam na 3ª Seção por indicação/afetação do Ministro Relator ou da Turma. Embora a pesquisa seja passível de falhas em razão dos mecanismos de buscas, fez-se uma tentativa de “prova real” sobre o resultado e ao selecionar como filtros, na página eletrônica do STJ, 3ª Seção como órgão julgador, casse processual “HC” e “RHC” e com data de publicação entre 01/03/2016 e 30/03/2022, chegou-se aos exatos 13 (treze) casos.

Na esfera do Supremo Tribunal Federal a pesquisa foi realizada no portal de buscas do tribunal com as expressões “habeas corpus” e “recurso ordinário em habeas corpus”, utilizando-se dos seguintes filtros: “Tribunal pleno” para o órgão julgador, bem como “HC” e “RHC” para a classe processual, da qual resultou no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal 146 (cento e quarenta e seis) acórdãos no total, sendo 134 (cento e trinta e quatro) referentes a Habeas Corpus e 12 (doze) relativos a Recurso Ordinário em Habeas Corpus.<sup>138</sup>

Dos 146 (cento e quarenta e seis) acórdãos, apenas 12 (doze) se referem efetivamente a demandas afetadas para a deliberação do referido órgão jurisdicional, sendo 11 (doze) em habeas corpus e 1 (um) em Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Para chegar nesse número, analisou-se individualmente todas as ementas e demais dados constantes do resultado da busca inicial, dispensando-se os casos referentes à distribuição direta para o Pleno (habeas corpus impetrados contra ato de Ministro, habeas corpus contra decisão do órgão fracionário, Agravo

138

Verificar

em:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=HC&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RHC&julgamento\\_data=01032016-30032022&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=habeas%20corpus&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RHC&julgamento_data=01032016-30032022&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=habeas%20corpus&sort=_score&sortBy=desc)

Regimental submetido a julgamento e não provido por esbarrar na súmula 606 e embargos de divergência).

Com o material de análise em mãos, passou-se a examinar no âmbito de cada tribunal, inicialmente os dados gerais referentes ao impetrante ou recorrente (se defensoria pública ou advogado constituído), ao relator, a existência de decisão motivada de afetação, a presença (ou não) de intervenção de terceiros e os resultados dos julgamentos. Além da análise de dados gerais, procedeu-se também a análise individual de cada julgado para o fim de verificar (i) o fundamento utilizado para afetação do caso ao Plenário, (ii) a publicidade da afetação e respectiva participação de terceiros interessados, (iii) a *ratio decidendi* de cada precedente, (iv) participação dos Ministros julgados no debate colegiado sobre o tema, e, (v) existência ou não de modulação de efeitos quando o entendimento fixado se verifica prejudicial para o acusado.

Os resultados dessas análises estão pormenorizados nos tópicos seguintes.

## 2.2 OS CASOS JULGADOS PELA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* OU DE RECURSOS ORDINÁRIOS EM *HABEAS CORPUS*

Como visto acima, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pelos recortes adotados na pesquisa, encontrou-se 13 (treze) casos de habeas corpus e recurso ordinário julgados pela 3ª Seção mediante afetação da turma ou do Min. Relator. Não fora encontrado nenhum caso afetado para deliberação da Corte Especial.

Dos acórdãos encontrados, 11 (onze) se referem à recurso ordinário em habeas corpus e 2 (dois) são de habeas corpus, o que se justifica em razão das impugnações normalmente decorrerem de decisões denegatórias em habeas corpus, proferidas pelos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais, bem como da orientação restritiva do cabimento do habeas substitutivo de recurso ordinário que prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

De todo modo, como se verificará nos tópicos seguintes, o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado da técnica de remessa da demanda de natureza individual – habeas corpus e recurso ordinário em habeas – para, na esfera da jurisdição criminal, definir a interpretação acerca das normas de direito penal e/ou processual, bem como, para evitar e dirimir divergências jurisprudenciais e, por consequência, garantir integridade, coerência e equidade na prestação jurisdicional da Corte Cidadã.

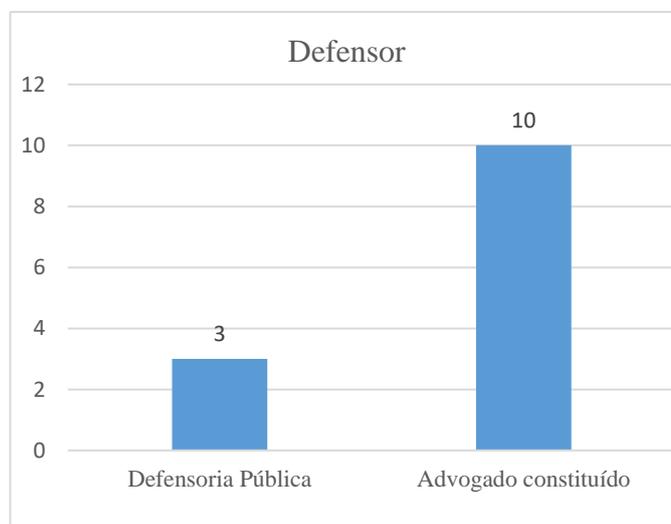
### 2.2.1 Considerações gerais sobre impetrante, relator, existência de decisão fundamentada de afetação, admissibilidade de terceiros interessados e resultado do julgamento

Este item está dedicado à análise quantitativa dos dados gerais referentes aos casos de habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus afetados/indicados para julgamento da Seção do Superior Tribunal de Justiça. O objetivo, em resumo, é fazer um mapeamento das “causas” submetidas, em habeas corpus ou recurso ordinário, para julgamento do colegiado maior, em matéria penal, do Superior Tribunal de Justiça, sob o patrocínio de quem (Defensoria pública ou advogado particular?), quais Ministros têm se utilizado da técnica de afetação, se houve ou não a existência de participação de *amici curiae* e, por fim, quais os resultados destes julgamentos.

#### a) Impetrante ou Recorrente: a presença da Defensoria Pública em casos relevantes

Em relação aos casos de habeas corpus ou recurso ordinário julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, os dados analisados demonstram a presença das Defensorias Públicas Estaduais em 3 (três) dos 13 (treze) casos, sendo os demais patrocinados por advogados particulares.

Com efeito, embora a presença da Defensoria Pública, nos casos analisados, não tenha sido tão significativa como foi no âmbito do Supremo Tribunal Federal, importante registrar que sua participação dentro do espectro examinado não é de ser desprezada. Abaixo, veja-se o gráfico demonstrativo dos dados analisados:



Destarte, levando-se em consideração que, em tese, os habeas corpus ou recursos ordinários submetidos à julgamento da 3ª Seção tratam de matérias penais e processuais penais relevantes, conectadas direta ou indiretamente com o direito fundamental à liberdade de locomoção e, por conseguinte, ao próprio sistema carcerário do País, a presença da Defensoria Pública na proporção de quase 25% é de ser registrada e enaltecida.

b) Decisão de afetação e relatoria dos casos submetidos ao julgamento da 3ª Seção

De forma distinta do que se verificou nos dados pertinentes ao Pleno do Supremo Tribunal Federal (vide tópico 2.3.1), em todos os casos analisados da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça a afetação decorreu de deliberação dos órgãos fracionários – 5ª ou 6ª Turma, no entanto, como se pode verificar dos tópicos referentes ao exame individual de cada caso, em nenhum dos processos houve decisão fundamentada e específica acerca da afetação.

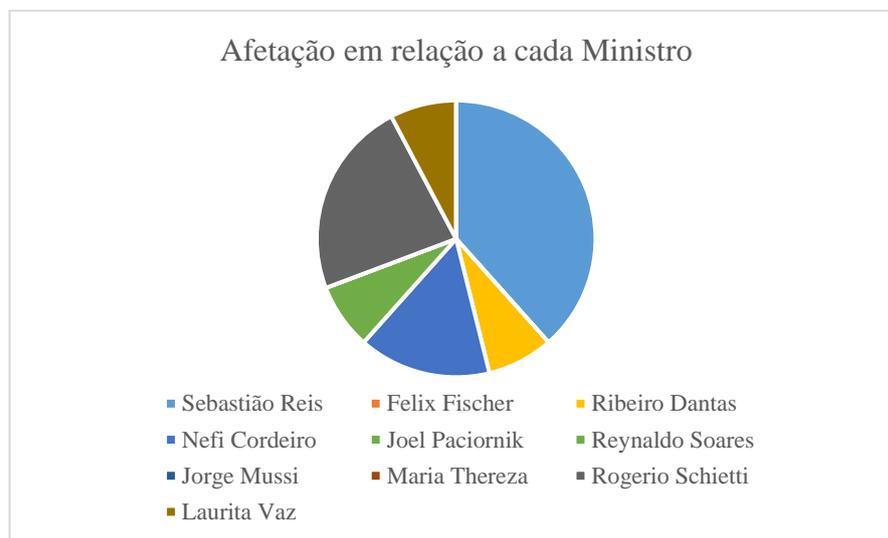
O que se percebeu é que, normalmente, o processo é levado pelo Relator para julgamento perante a Turma e, diante da relevância da questão e/ou da divergência de entendimento sobre a matéria, afeta-se o caso para julgamento da 3ª Seção, mediante deliberação colegiada, mas sem lançar decisão fundamentada sobre o tema. Destarte, foi na análise individual de cada caso, especificamente nas leituras dos votos, que se encontrou as justificativas para a afetação.

Esta sistemática, de afetação pela Turma, encontra esteio no artigo 14 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual expressamente estabelece que “as turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I – quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II – quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III – nos incidentes de assunção de competência.

Diante disso, poder-se-ia dizer que a figura do relator, para a análise do objeto de estudo aqui desenvolvido, não teria tanta importância, vez que a afetação sempre se dá por deliberação da Turma. No entanto, analisando-se os dados acerca da relatoria dos casos em conjunto com os votos prolatados é possível identificar, ainda que muito sutilmente, a importância que alguns Ministros dispensam à teoria dos precedentes e, por consequência, à função de “Corte de Precedentes” desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os dados analisados demonstram a seguinte ordem, do maior volume para o menor, de atuação dos Ministros na relatoria dos casos julgados perante a 3ª Seção: 5 (cinco) feitos do

Ministro Sebastião Reis Júnior; 3 (três) feitos do Ministro Rogério Schietti; 2 (dois) feitos do Min. Nefi Cordeiro; 1 (um) do Ministro Ribeiro Dantas; 1 (um) da Ministra Laurita Vaz e 1 (um) do Ministro Joel Paciornik. O gráfico abaixo ilustra tais dados:



Com efeito, a maior presença dos Ministros Sebastião Reis Junior e Rogério Schietti na relatoria dos casos julgados pela 3ª Seção condizem, ao que se analisou, com a ênfase dadas nos seus respectivos votos ao dever de observância aos precedentes da Corte e do Supremo Tribunal Federal.

- c) A ínfima participação de Amicus Curiae nos casos julgados pela 3ª Seção, em sede de recurso ordinário ou habeas corpus.

A participação de instituições da sociedade civil nos procedimentos destinados à formação de precedente vinculante, como já apontado no tópico 1.6 e será retomado no tópico 3.5.3, é imprescindível para se conferir legitimidade democrática à definição da norma penal e/ou processual penal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inviável pensar o Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes, da qual possa frutificar precedentes de eficácia obrigatória, sem que necessariamente se estabeleça a ampla possibilidade de participação de terceiros interessados no sentido que se atribuirá à norma penal e/ou processual penal objeto da discussão. O impacto social que decorre da firmação (ou derrogação) de precedente vinculante na esfera criminal é inegável e, por isso mesmo, há que se abrir as portas da Corte à mais ampla participação de *amici curiae* quando diante de procedimento voltado à formação de precedente de eficácia obrigatória.

Ora, a participação do *amicus curiae* “dá à Corte a possibilidade de analisar a questão de direto numa perspectiva mais ampla em relação àquela delimitada pelas partes, bem como de considerar antecipadamente aqueles que poderiam ser os efeitos produzidos pela decisão em face de terceiros”,<sup>139</sup> permitindo-lhe, desse modo, proferir uma decisão mais conectada com a realidade, racionalmente justificada e democraticamente legítima.<sup>140</sup>

Não obstante, os dados decorrentes dos casos analisados referentes aos recursos ordinários e habeas corpus julgados pela 3ª Seção demonstram que este tema ainda não ganhou a devida importância no âmbito da Corte Superior. Isto porque, dos 13 (treze) casos afetados para julgamento perante o referido órgão, apenas 1 (um) contou com a participação de *amici curiae*, a saber: RHC 131.263/GO, de Relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, cujo objeto concernia à ilegalidade da decretação da prisão preventiva *ex officio*, após a reforma trazida pela Lei. 13.964/19, e no qual houve a habilitação do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS.<sup>141</sup>

Há duas possíveis respostas para este baixíssimo número de *amici curiae* nos recursos ordinários e habeas corpus julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: (i) inexistência de previsão legal ou regimental que regule a participação de terceiros nos processos de habeas corpus e, por derivação, de recurso ordinário de habeas corpus; (ii) ausência de ampla publicização da afetação dos temas para o julgamento perante o órgão qualificado da Corte Superior.

As reflexões sobre tais questões, em razão de se constituírem no núcleo da tese, foram desenvolvidas no tópico 3.5.3.

#### d) Os resultados dos julgamentos realizados pela 3ª Seção nos casos analisados

Se a análise quanto ao resultado dos julgamentos no âmbito do Pleno do Supremo Tribunal Federal não foi tão positiva (vide tópico 2.3.1), do ponto de vista da concretização de direitos e limitação do poder punitivo estatal, em relação aos casos apreciados pela 3ª Seção o saldo não é negativo.

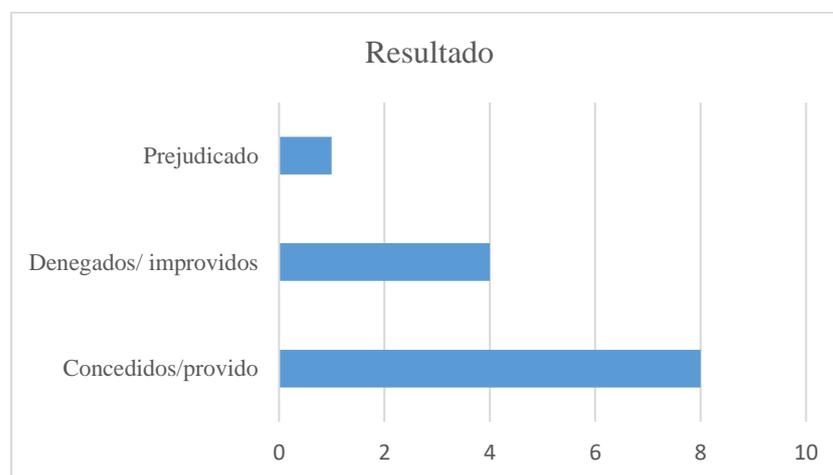
---

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 223-224.

<sup>140</sup> Conforme afirma Danyelle Galvão “a participação do *amicus curiae* pluraliza a discussão sobre a questão que transcende toda a sociedade, constituindo legitimidade popular, além de aprimorar qualitativamente a decisão” (GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 127).

<sup>141</sup> O caso foi analisado de forma pormenorizada no item 2.2.5 do presente estudo.

Isto porque, dos 13 (treze) recursos ordinários e habeas corpus examinados, 8 (oito) foram providos/concedidos,<sup>142</sup> 4 (quatro) denegados<sup>143</sup> e 1 (um) prejudicado,<sup>144</sup> por perda do objeto. Para melhor visualizar, veja-se o seguinte gráfico:



Diante das variadas matérias submetidas à deliberação da 3ª Seção, que vai da incidência de específico tipo penal sobre determinada conduta à ilicitude da prova arrecadada diretamente pelo Ministério Público sem a devida autorização jurisdicional, pode-se concluir que há um saldo positivo nos julgamentos oriundos da 3ª Seção, em habeas corpus e/ou recurso ordinário de habeas corpus, desde um olhar, frise-se, de concretização de direitos fundamentais dos jurisdicionados submetidos à persecução criminal e consequente limitação do poder punitivo estatal.

Para uma análise mais verticalizada sobre a forma como ocorreram os julgamentos acima mencionados, objetivando-se, ademais, examinar a presença ou não das características próprias de um precedente de natureza vinculante (motivo da afetação, *ratio decidendi*, deliberação colegiada, participação de amici curiae), passa-se ao exame individual dos casos julgados pela 3ª Seção do STJ em sede de recurso ordinário ou habeas extraídos, do período de março de 2016 a março de 2022.

<sup>142</sup> Tiveram resultados positivos os seguintes casos: RHC 145931, Rel. Sebastião Reis Júnior; RHC 83233, Rel. Sebastião Reis Júnior; RHC 83447, Relator Sebastião Reis Júnior; HC 131263, Rel. Sebastião Reis Júnior; RHC 115605, Rel. Ribeiro Dantas; HC 535.063, Rel. Sebastião Reis Júnior; RHC 113.778, Rel. Rogério Schietti; HC 350996, Rel. Nefi Cordeiro.

<sup>143</sup> Foram denegados/improvidos os seguintes casos: RHC 63855, Rel. Rogério Schietti; RHC 64086, Rel. Rogério Schietti; RHC 101299, Rel. Joel Paciornik; RHC 113897, Rel. Nefi Cordeiro.

<sup>144</sup> RHC 101.443, Rel. Laurita Vaz.

### **2.2.2 RHC 145.931/MG – Admissibilidade, excepcional, da prisão domiciliar para as presas em regime fechado ou semiaberto, mães de crianças menores de 12 (doze) anos de idade**

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negou conhecimento ao *writ* sob o fundamento de que a ameaça de coação da liberdade de locomoção decorria de início de execução de sentença condenatória, que condenou a recorrente a 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas e associação para tal fim.

No recurso ordinário, a Defesa pleiteou o regime de prisão domiciliar à paciente externando, para tanto, que o presídio com capacidade para presas do sexo feminino na região onde reside, Município de Divisa Alegre-MG, fica a aproximadamente 230km da sua residência, fato que impossibilitaria o seu contato para amamentação e demais cuidados com o filho recém-nascido.

Consta do processo que a 6ª Turma resolveu afetar o caso para julgamento da 3ª Seção, não havendo, no entanto, nenhuma decisão específica sobre os motivos da afetação.

Submetido a julgamento de mérito, a 3ª Seção, de forma unânime, deu provimento ao recurso ordinário para fins de permitir à recorrente o cumprimento da pena em regime domiciliar, nos termos dos votos lançados pelos Ministros Sebastião Reis Junior (relator) e Rogério Schietti Cruz (voto-vista). Extrai-se dos mencionados votos, em síntese, os seguintes motivos determinantes: (i) possibilidade, excepcional, de se conceder a prisão domiciliar em fase de cumprimento de pena fixada no regime fechado ou semiaberto, para a mãe gestante ou lactante, em virtude da leitura sistemática do artigo 117, da Lei Execuções Penais c.c os artigos 318-A e 318-B, do Código de Processo Penal; (ii) necessidade de se conferir interpretação extensiva ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo n. 143.641, bem como ao artigo 318-A, do Código de Processo Penal, inicialmente direcionados para as situações de custódia cautelar, conforme se decidiu no precedente da 3ª Seção decorrente da Rcl 40.676/SP e também no julgado da Segunda Turma do STF oriundo do AgR na AP n. 996; (iii) a excepcionalidade justificadora da prisão domiciliar nestas hipóteses deve ser aferida concretamente pelo Juiz da execução penal, mediante juízo de proporcionalidade e visando a aplicação do princípio da proteção integral da criança, no sentido de se averiguar se tal medida, diante da ponderação entre segurança pública e proteção integral da criança, se faz proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os

cuidados da criança ou pessoa com deficiência; (iv) a medida não poderá ser adotada se periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indicarem que o benefício não atende o melhor interesse da criança; (v) constatação, no caso concreto, de que a condenação da recorrente não se trata de crime mediante violência ou grave ameaça e nem de crime contra seus descendentes, e, de que há ineficiência estatal em disponibilizar vaga em estabelecimento prisional própria e adequado à sua condição pessoal, que demanda assistência médica pré-natal e pós-parto, berçários e creches para seus filhos (arts. 82, §1º, e 83, §2º, da LEP), especialmente porque o presídio mais próximo da residência da recorrente fica à 230km de distância.

Com efeito, interessante notar o peso dado ao precedente oriundo da 3ª Seção (Rcl 40676/SP) e ao julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o que indica a valorização dos precedentes por parte da Corte Superior, embora sem muita distinção técnica acerca da natureza obrigatório ou persuasiva de cada precedente mencionado.

Não houve no presente caso requerimento de habilitação no processo na qualidade de *amici curiae*.

### **2.2.3 RHCs 83.233 e 83.477 - Ilicitude da prova (dados fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal sem autorização judicial**

Os recursos ordinários 83.233 e 83.447 foram julgados conjuntamente e em ambos a tese debatida referiu-se à ilicitude da obtenção dos dados fiscais pelo Ministério Público diretamente à receita federal sem ser precedido da imprescindível autorização jurisdicional.

Na origem, o Ministério Público Federal denunciou os recorrentes como incurso nos crimes de estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso perante a 3ª Vara Federal de Santo André/SP, que a recebeu. As Defesas<sup>145</sup> então impetraram habeas corpus perante o Tribunal Local, alegando constrangimento ilegal decorrente da requisição direta dos dados fiscais pelo órgão acusatório sem autorização judicial, porquanto, em resumo, “é equivocada a interpretação de que a quebra de sigilo fiscal independe de autorização judicial, porque o art. 8º, §2º, da Lei Complementar n. 75/93 afastaria o sigilo ao Ministério Público. A previsão legal, diferentemente do que dispôs o e. Tribunal a quo, não afasta a reserva de

---

<sup>145</sup> Registre-se, por deferência, que a defesa deste caso foi patrocinada pela advogada e professora Danyelle Galvão em conjunto com outros advogados.

jurisdição”. O Tribunal Local denegou a ordem de habeas corpus, o que motivou a interposição dos referidos recursos ordinários perante o Superior Tribunal de Justiça.

Iniciado o julgamento em 10/08/2021, após o voto do Ministro Sebastião Reis que concedia a ordem, pediu vista o Min. Rogério Schietti Cruz. Na sequência, com a retomada do julgamento, a 6ª Turma deliberou por afetar o feito à Terceira Seção, não havendo na consulta pública nenhuma decisão específica sobre o tema, mas apenas a seguinte informação: “afetado o processo À TERCEIRA SEÇÃO, por unanimidade, pela SEXTA TURMA”. No voto do Min. Rogério Schietti, contudo, encontra-se a justificativa da afetação com base na ausência de posicionamento consolidado na jurisprudência da Corte e na possível distinção (*distinguishing*) em relação ao precedente fixado em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 1.055.941/SP, que tratou especificamente da possibilidade de haver compartilhamento de dados entre a Receita e o MP nos crimes tributários.

A maioria da 3ª Seção entendeu por dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, com base no voto do Min. Relator, reconhecendo a ilicitude dos dados fiscais obtidos pelo Ministério Público por meio de pedido direito à Receita Federal, sem autorização judicial. Ficaram vencidos os votos propostos pelos Ministros Rogério Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Laurita Vaz.

Do voto do Min. Relator, que resultou vencedor, colhe-se os seguintes motivos determinantes da decisão: (a) a possibilidade de compartilhamento de informações bancárias com o Fisco não autoriza o compartilhamento desses dados para fins criminais, com o afastamento da reserva de jurisdição, nos termos, inclusive, de outros julgados da jurisprudência das Turmas do STJ (RHC 42.332/PR, RHC 72.074/MG) e da orientação do STF (HC 12518, Rel. Min. Gilmar Mendes); (b) o precedente oriundo do recurso extraordinário n. 1.055.941/SP, que entendeu que o compartilhamento de dados pela Receita Federal com o Ministério Público, para fins de instrução criminal, não exigia autorização judicial, não se aplica à hipótese em análise, pois que limitada ao compartilhamento, de ofício, pela Receita Federal, de dados relacionados a supostos ilícitos tributários ou previdenciários, após o devido procedimento fiscal, o que, portanto não contempla a hipótese de o acesso aos dados sigilosos partir direito do órgão da acusação; (c) no 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;

Apesar do verticalizado debate travado sobre o tema, principalmente em virtude dos votos do Min. Relator, Sebastião Reis e do Min. Rogério Schietti, e da inegável relevância do

precedente a ser fixado, não houve nenhuma ampliação do debate com a habilitação de terceiros interessados na discussão.

#### **2.2.4 RHC 101.443/MG - Necessidade de o Juiz Criminal fundamentar, de forma específica, a necessidade de prisão ou de medidas cautelares quando da prolação da decisão de pronúncia**

Trata-se de recurso ordinário impetrado contra decisão denegatória de habeas corpus, oriunda do TJMG, no qual se deduziu a tese da necessidade de o Juiz criminal, na decisão de pronúncia, novamente enfrentar e decretar, ou não, motivadamente as medidas cautelares pessoais. A controvérsia do tema afetado à análise e julgamento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “cinge-se a definir se as medidas cautelares diversas da prisão determinadas no julgamento de recurso em sentido estrito, ocorrido enquanto o Processo-crime ainda se encontrava na fase instrutória, seguiram produzindo efeitos na decisão de pronúncia superveniente, a despeito de não terem sido ratificados.”

Na origem, em 09/06/2016, o Tribunal de segundo grau determinou medidas cautelares pessoais, diversas da prisão, em face do recorrente. Posteriormente, em 04/11/2016, o Juiz de primeiro grau proferiu decisão de pronúncia na qual nada discorreu sobre a necessidade da manutenção das medidas cautelares. Não obstante, na data de 04/06/2018, o Juiz singular decretou a prisão preventiva do paciente em razão do descumprimento das medidas cautelares determinadas pelo acórdão prolatado pelo Tribunal, em 09/06/2016.

Levado a julgamento perante a 3ª Seção, a Min. Relatora propôs voto no sentido de dar provimento ao recurso, fundamentando-o, em síntese, com base na exigência do artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal que determina a necessidade de o Juiz Criminal, na decisão de pronúncia, deliberar motivadamente sobre a “manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão ou imposição de qualquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”. A Min. relatora ressaltou, ademais, que o regime jurídico das tutelas provisórias do Direito Processual Civil, no qual a superveniência da decisão meritória (à exceção da hipótese de improcedência) não altera a eficácia das medidas urgentes, “não se adequa ao Direito Processual Criminal, em razão das previsões do §1º do art. 387 e do §3º do art. 413, todos do Código de Processo Penal.”

Os Ministros João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Junior acompanharam a Min. relatora, no entanto, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Min. Rogério Schietti Cruz. Ao retomarem o julgamento do recurso ordinário em habeas corpus, o Min. Rogério Schietti apresentou seu voto-vista julgando prejudicado o recurso pela perda de seu objeto em virtude da superveniência da sentença absolutória no processo principal, o que acabou sendo acolhido, por unanimidade, pela 3ª Seção, registrando-se a seguinte conclusão de julgamento: “prevaleceu, na deliberação, o entendimento de que a alteração fática superveniente à afetação da tese jurídica à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na via do habeas corpus ou do seu respectivo recurso, prejudica o pedido defensivo cujo objeto tenha sido haurido. Em outras palavras, conclui-se que independentemente de a controvérsia ter sido afetada à Seção, o interesse no julgamento do remédio heroico persiste somente no caso de a ameaça de constrangimento ao *jus libertatis* a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República) permanecer constituída concretamente”.

Com efeito, infere-se deste entendimento certa relutância em conferir natureza abstrata à tese jurídica veiculada no habeas corpus ou recurso ordinário quando submetido à deliberação do colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça, cuja função primordial, vale frisar, é dirimir divergência jurisprudencial e dizer, em última palavra, qual a interpretação adequada da legislação federal, preservando-se, assim, a integridade, coerência, equidade e unidade do direito contido na legislação infraconstitucional. Dito de outro modo, diante do que se defende na presente tese, não só pode como é recomendável que o colegiado maior delibere sobre o assunto afetado a seu escrutínio, a fim de sedimentar posicionamento sobre o tema em precedente de eficácia obrigatória, ainda que tal resolução não mais seja aplicável ao caso concreto pela perda do objeto.

Por fim, este caso não contou com participação de terceiros interessados.

### **2.2.5 RHC 131.263/GO - Definição da interpretação do artigo 310, II, do Código de Processo Penal à luz da nova redação estabelecida pela lei 13.964/2019 ao artigo 282, §§ 2º e 4º, e ao art. 311, do mesmo diploma normativo**

A Defensoria Pública do Estado de Goiás interpôs recurso ordinário contra decisão denegatória de habeas corpus, proferida pelo Tribunal Local, alegando, entre outros temas, a

ilegalidade da prisão preventiva decretada, *ex officio*, pelo Juiz, frente à expressa proibição legal em tal proceder após o advento da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

A 6ª Turma, na sessão realizada em 24/11/2020, afetou o julgamento do feito para a 3ª Seção. Embora não haja decisão fundamentada acerca do tema, colhe-se do voto do Min. Relator, Sebastião Reis Júnior, que a afetação ao colegiado maior se deu em razão da divergência de interpretação das Turmas Criminais da Corte Superior. Enquanto a 6ª Turma, por maioria, entendia ser legalmente possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva, independentemente de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial (HC 583.995/MG, Min. Nefi Cordeiro, relator para o acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, julg. 15/09/2020), a 5ª Turma possuía entendimento, por unanimidade, de modo oposto (HC 590.039/GO, Min. Ribeiro Dantas).

Houve pedido de habilitação no feito, na qualidade de *amicus curiae*, do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS, fundamentado, entre outros argumentos, (a) na finalidade da afetação ao colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça, em matéria penal, consistente na unificação do entendimento sobre a questão debatida; (b) na relevância jurídico-penal e social da matéria, transcendente aos interesses individuais do recorrente, e, (c) na reiterada admissibilidade do GAETS por parte das Cortes Superiores, na condição de *amicus curiae* em demandas individuais, referentes a recursos especial (RESP 1.349.935, RESP 1.711.986 e 1.708.301, todos da 3ª Seção), recurso extraordinário (RE 1.140.005, 611.874, RE 630852, e outros) e até mesmo em habeas corpus (HC 598.886-SC). O Min. relator deferiu o ingresso do GAETS na qualidade de *amicus curiae*, apenas ressalvando que a admissibilidade se dava na situação em que o processo se encontrava naquele momento, ou seja, inserido para pauta de julgamento da 3ª Seção do dia 9/12/2020.

Submetido a julgamento, a 3ª Seção, por maioria, deu provimento ao recurso ordinário, seguindo o voto do Min. relator, para o fim de consolidar o entendimento de que, após a alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/19 que retirou a expressão “de ofício” dos artigos 282, §§ 2º e 4º, e do artigo 311, todos do Código de Processo Penal, não mais é possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva, bem como, também não se afigura mais admissível a decretação da prisão preventiva, de ofício, em qualquer situação (em juízo ou no curso da investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação). Destaque-se, ademais, como motivo determinante da decisão o argumento de que “inexiste, em nosso sistema jurídica, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou restrição da liberdade das pessoas, vedada,

em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos.”

A despeito de não ter ocorrido uma efetiva publicização do destaque/afetação do tema para julgamento pela 3ª Seção, o que poderia eventualmente possibilitar a participação de outras entidades da sociedade civil, fato é que nesse caso houve efetiva participação, na qualidade de *amici curiae*, do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS.

#### **2.2.6 RHC 115.605/SP - Atipicidade da conduta de importação de sementes da planta maconha em pequena quantidade**

Este recurso ordinário foi impetrado pela defesa de Rafael Colello, contra acórdão denegatório de habeas corpus oriundo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por maioria, afastou a tese da atipicidade da conduta de importação de sementes da planta maconha sustentada na impetração.

O pelito recursal, portanto, cingia-se ao trancamento do processo crime instaurado contra o paciente, pelo crime de contrabando tipificado no artigo 334-A, em razão da importação de 31 (trinta e uma) sementes da planta “*cannabis sativa linneu*”, popularmente conhecida como “maconha”. As teses debatidas no recurso, em síntese, foram as seguintes: (i) atipicidade da conduta da importação, em reduzida quantidade, de sementes de maconha, porque tais sementes não contém o princípio ativo inerente à substância canábica; e, (ii) atipicidade da conduta por aplicação, de forma excepcional, do princípio da insignificância, caso se entendesse que a conduta tivesse enquadramento formal no tipo previsto no artigo 28, da Lei de drogas.

Levado a julgamento perante a 5ª Turma, deliberou-se pela afetação do caso à 3ª Seção, não havendo no processo nenhuma decisão fundamentada sobre o assunto. No entanto, da leitura dos votos lançados no acórdão, especialmente o da Min. Laurita Vaz e do Min. Rogerio Schietti Cruz, pode-se especular que a afetação ocorreu em razão da controvérsia que pairava sobre a qualificação jurídica a ser dada a tal tipo de conduta – se contrabando ou crime da lei de drogas -, e, principalmente, por estar diante de “parcial alteração na jurisprudência da Quinta

Turma, em relação à importação de sementes de maconha, pelo menos em quantidade reduzidas (...).”.

A 3ª Seção, por maioria, deu provimento ao recurso, consolidando o entendimento de que “a conduta de importar pequena quantidade de sementes de maconha é atípica”. Os motivos determinantes desta decisão, consoante se observou dos votos fundamentados apresentados pelos Ministros Ribeiro Dantas, Laurita Vaz e Rogério Schietti, foram os seguintes: (a) existência de precedentes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – HCs 144.161/SP e 142.987 – no sentido de que a importação de pequena quantidade de sementes da planta de maconha não configuraria crime, uma vez que as sementes não possuem a substância psicoativa (THC); (b) existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça permitindo a aplicação, excepcional, do princípio da insignificância, para o crime de posse de entorpecente para uso próprio – AgRg no RESP 172440/RS, da 6ª Turma; EDcl no AgRg no RESP 1708371/PR, da 5ª Turma; AgRg no RESP 1658928/SP, da 6ª Turma; e, RHC 71.812/SP, da 6ª Turma.

Destarte, malgrado não tenha havido uma motivação técnica acerca da natureza dos precedentes (se argumentativo ou vinculante) citados como razões fundantes da deliberação, é inegável a busca da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em conferir interpretação coerente, racional, íntegra e equitativa acerca dos fatos levados a julgamento. Em outras palavras, neste caso é possível dizer que a 3ª Seção tem se orientado à obediência dos precedentes da Suprema Corte e, com isso, também buscado a consolidação do entendimento entre as Turmas.

Esta hipótese, de busca por respeito e reafirmação dos precedentes, embora sem muita distinção técnica acerca de precedente vinculante ou persuasivo, é reforçada pelo voto do Min. Rogério Schietti, em que deixa claro sua posição individual contrária, na qual entendia ser possível a incidência, para os fatos em discussão, tanto do crime tipificado no artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/2006 quanto do crime de contrabando 334-A, do Código Penal, curvando-se, contudo, aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, o referido Ministro registou em seu voto tópico específico sobre a “observância dos precedentes”, no qual consignou que “firme na importância de se observarem os precedentes e de se adotar interpretação uniforme das leis – até para garantir uma ordem mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário -, curvo-me ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal”.

A despeito da notória relevância da matéria, não houve pedido de habilitação de terceiro interessado para atuar na qualidade de *amicus curiae*.

### 2.2.7 HC 535.063/SP - Aplicação do princípio da insignificância em crime tributário de sonegação de tributo estadual – ICMS

Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou ordem de *writ*, pleiteada pela Defesa do paciente Jorge Alberto Campagnoni, com base na alegação de atipicidade da conduta lhe imputada, em razão de o valor da sonegação fiscal (ICMS) apontado na denúncia (R\$ 4.813,11) ser inferior ao considerado na jurisprudência para aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários, principalmente porque no Estado de São Paulo, à luz das portarias n. 75/2012 e n. 130/2012, o valor exigível para a propositura da execução fiscal era superior ao devido pelo paciente.

O tema debatido, portanto, referiu-se à aplicação ao caso em exame, do mesmo raciocínio jurídico empregado aos crimes tributários relacionados à tributos federais, para os quais a jurisprudência consolidada<sup>146</sup> do Superior Tribunal de Justiça já havia assentado a insignificância da conduta quando o valor do débito tributário não ultrapassava o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda.

Consta da movimentação processual que a 6ª Turma, ao apreciar a causa, por unanimidade, deliberou afetar o julgamento do processo à 3ª Seção, não havendo nenhuma decisão específica sobre o assunto. O Min. Relator apontou em seu voto, entretanto, que a justificativa para a submissão do habeas corpus ao Plenária se encontrava no fato de que se tratava “de tema controverso e diretamente relacionado ao já analisado pela Terceira Seção desta Corte (Recursos Especiais n. 1.709.029/MG e 1.688/878/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos), no tocante aos tributos de competência da União”, de modo que a afetação se fazia necessária “em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos dos arts. 927, §4º, do Código de Processo Civil, e 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça”.

No julgamento de mérito, a 3ª Seção, por unanimidade, concedeu a ordem de ofício para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e determinar o trancamento do processo crime instaurado contra o paciente. Externou-se como motivo determinante a aplicação da *ratio decidendi* oriunda dos recursos especiais julgados em regime de recurso repetitivo, acima

---

<sup>146</sup> Recursos Especiais n. 1.709.029/MG e n. 1.688.878/SP julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos.

mencionados, nos quais se assentou a incidência do princípio da insignificância, nos crimes tributários relacionados a tributo federal, a partir do critério da inexequibilidade fiscal do débito tributário que não fosse superior a determinado valor estipulado em ato normativo pela União, por força dos princípios da fragmentariedade e intervenção mínima do direito penal.

Com efeito, registrou-se no voto do Min. Relator que não haveria como deixar de aplicar “o mesmo raciocínio aos tributos estaduais, exigindo-se, contudo, a existência de norma reguladora do valor considerado insignificante, mesmo porque, como cediço, valores ínfimos já não são cobrados por estados e por municípios, em razão da inviabilidade do custo operacional”.

Também neste caso o Min. Rogério Schietti registrou seu entendimento contrário sobre o tema, curvando-se à posição prevalecente no âmbito da Corte, por força da imprescindível observância dos precedentes da 3ª Seção.

Interessante notar neste caso, para fins de análise dogmática da aplicação da teoria dos precedentes no processo penal pátrio, partindo-se da compreensão de precedente adotada no tópico 1.3 deste trabalho, esta decisão, a rigor, não configuraria um verdadeiro precedente, pois que não trouxe nova diretriz normativa, senão que apenas se limitou a aplicar a *ratio decidendi* fixada em precedente anterior da mesma Corte. Nesta linha de raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar a possibilidade de a decisão ser proferida monocraticamente, nos termos do artigo 927, III,<sup>147</sup> c.c 932, V, ‘b’,<sup>148</sup> do Código de Processo Civil e c.c artigo 3º, do Código de Processo Penal e artigo 34,<sup>149</sup> XVIII, ‘c’, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, diante da conexão com a pesquisa aqui desenvolvida, importante registrar que neste caso houve questão de ordem levantada pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por meio da qual sugeriu a alteração do dispositivo encaminhado pelo voto do Min. relator, no sentido de deixar consignado o não conhecimento do habeas corpus por ser substituto de recurso ordinário, com a concessão da ordem de ofício, proposta que se saiu vencedora, por maioria, vencidos os Ministros Sebastião Reis Junior, Laurita Vaz Rogério Schietti Cruz, que manifestaram posição no sentido de se adotar uma terminologia diferente, já aplicada na 6ª Turma, a saber: “ou concede ou denega. Apenas não se conhece quando, por exemplo, se trata

---

<sup>147</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

<sup>148</sup> Art. 932. Incumbe ao relator: - V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária: b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

<sup>149</sup> Art.34. São atribuições do Relator: XVIII – distribuídos os autos: (...) c) dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema;

de um habeas corpus para postular a reintegração do cargo, coisa que sabemos não ser possível por meio do *habeas corpus*”.

Por fim, não houve a participação de terceiros interessados.

### **2.2.8 RHC 113.897 – Impossibilidade de prisão domiciliar para mulher mãe de filho menor de 12 (doze) anos de idade**

Na origem a recorrente foi presa preventivamente e denunciada pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas, associação ao tráfico, e posse de arma de fogo, cometidos na condição de principal responsável pelo armazenamento dos entorpecentes no interior da sua residência. A Defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia suscitando a imperiosidade da substituição da custódia cautelar pela prisão domiciliar da paciente, em virtude de possuir filho menor de 12 anos, nos termos do artigo 318-A, incisos I e II, do Código de Processo Penal, o que foi negado pelo Tribunal Local.

Após o parecer ministerial pela concessão parcial da ordem, consistente na prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, o Min. Relator, monocraticamente, deu provimento ao recurso para impor a prisão domiciliar, “sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão, por decisão fundamentada”, conforme exigência dos artigos 318, V, 318-A I e II e 318-B, ambos do Código de Processo Penal.

O Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Agravo Regimental, postulando pela reforma da referida decisão, sustentando, em síntese, que a excepcionalidade da situação concreta da recorrente – presa com 04 (quatro) balanças de precisão, diversas munições de calibres variados, um caderno de contabilidade do tráfico e indicada como uma das responsáveis pelo armazenamento dos entorpecentes da facção criminosa MPA – Mercado do Povo Atitude – afasta a regra da prisão domiciliar prevista no artigo 318-V, do Código de Processo Penal, nos termos do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, do Supremo Tribunal Federal, e do HC 472.372/MS, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Submetido o Agravo Regimental a julgamento, a 6ª Turma, por unanimidade, revogou a decisão monocrática anteriormente proferida e determinou a afetação do caso para julgamento pela 3ª Seção. Embora inexista no processo decisão específica acerca do deslocamento de competência, colhe-se do votos proferidos pelos Ministros Nefi Cordeiro (voto vencedor) e Rogério Schietti Cruz (voto-vencido), respectivamente, que a afetação se embasou “na relevância da matéria, que gerou interpretações diversas não apenas nesta Corte Superior, mas

também no Supremo Tribunal Federal, e, “nas frequentes situações em que se estabelece controvérsia relevante quanto à aplicação do instituto da prisão domiciliar a mulheres mães de filhos menores”.

A discussão travada no âmbito da 3ª Seção girou em torno do alcance dos artigos 318-A e 318-B do Código de Processo Penal, inseridos na legislação após o *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, os quais estabeleceram a prisão domiciliar, como regra, para acusadas mãe ou responsável por crianças ou por pessoas com deficiência, desde que (i) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, e, (ii) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente, permitindo-se a aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

A 3ª Seção, por maioria, concluiu pelo improvimento do recurso ordinário, sedimentando o entendimento de que é “possível o indeferimento da prisão domiciliar da mãe de primeira infância, desde que fundamentada em reais peculiaridades que indiquem maior necessidade de acautelamento da ordem pública ou melhor cumprimento da teleologia da norma, na espécie, a integral proteção do menor”, encampado pelo voto do Min. Relator, Nefi Cordeiro. Ficaram vencidos os Ministros Rogerio Schietti Cruz e Sebastião Reis Junior que se posicionaram, a partir do voto-vista apresentado pelo Min. Schietti, ser uma regra a prisão domiciliar da mulher mãe de filho menor, excepcionável apenas quando incidente, na hipótese, as duas restrições contidas no artigo 318-A, do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei n. 13.769/2018.<sup>150</sup>

Malgrado a extrema relevância do assunto, com inegável impacto social no sistema carcerário brasileiro e, sobretudo, na vida das crianças cujas mães estão sujeitas ao cárcere, não houve a participação, como terceiro interessado no caso, de nenhuma instituição da sociedade civil.

### **2.2.9 RHC 113.778 - Definição da interpretação do artigo 318-A frente ao disposto no artigo 312 e 319 do Código de Processo Penal. Natureza jurídica da prisão domiciliar**

---

<sup>150</sup> Segundo a fundamentação lançada no voto-vencido, a Lei 13.769/2018 foi publicada em 20/12/2018 e complementou normativamente as alterações trazidas ao Código de Processo Penal pelo Marco Legal da Primeira Infância (13.257/2016), não contemplando a exceção contida no *habeas corpus* coletivo 143.641, referente às “situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”. Ou seja, a referida alteração legislativa apenas abarcou as exceções, lançadas no citado *habeas corpus* coletivo, atinentes ao crime praticado (i) mediante violência ou grave ameaça, e/ou (ii) contra seus descendentes, afastando aquela exceção que remetia à discricionariedade do julgador.

Este recurso ordinário foi julgado pela 3ª Seção na mesma data em que se julgou o caso analisado no item acima. Embora também tenha nele havido o debate sobre o alcance normativo do artigo 318-A, do Código de Processo Penal, a discussão foi um pouco mais ampla e o resultado se deu por tema distinto, qual seja: necessidade de o Juiz Criminal, diante de investigada ou acusada que tenha o direito à prisão domiciliar, analisar a suficiência e o cabimento, *in concreto*, das medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Ou seja, o debate girou em torno da natureza da prisão domiciliar enquanto instrumento substitutivo da prisão preventiva nos casos envolvendo mães com filhos menores de 12 (doze) anos, constituindo-se, por conseguinte, como medida de *ultima ratio* cabível tão e somente quando as medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, não se apresentarem adequadas e suficientes para atingir o escopo cautelar delimitado no artigo 312 (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, aplicação da lei penal, e para assegurar a instrução criminal).

Na origem a recorrente foi presa preventivamente e denunciada pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06), vez que com ela fora apreendido 32,8 g de cocaína. A Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, segundo se verifica do voto prolatado pelo Min. Schietti, ao denegá-lo, agregou em seu acórdão fundamentos não contidos na decisão de primeiro grau. No recurso ordinário a defesa requereu a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, ou, a concessão da prisão domiciliar.

A 3ª Seção, por maioria, deu provimento ao recurso, consignando quanto à matéria jurídica posta em debate que: (a) “sempre que o art. 319 for mais favorável, isto é, quando for possível diante do caso concreto, a imposição de medida cautelar menos restritiva que a prisão domiciliar, deverá ser esta a opção hermenêutica a se adotar, em benefício da maior proteção à criança”; (b) o artigo 318-A não pode ser utilizado “para manter segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade direta ante a ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providencias indicadas no art. 319, do CPP”.

Não houve decisão específica da afetação para a 3ª Seção, existindo no processo apenas o registro de que a 6ª Turma, por unanimidade, decidiu encaminhar o feito para julgamento pelo colegiado maior, em matéria criminal, do Superior Tribunal de Justiça. No voto do Min. Schietti há a indicação de que a afetação ocorreu em razão “[d]as frequentes situações em que se

estabelece controvérsia relevante quanto à aplicação do instituto da prisão domiciliar a mulheres mães de filhos menores de 12 anos”.

Não houve a participação de *amici curiae*.

#### **2.2.10 RHC 101.299 – Inaplicabilidade do regime jurídico dos crimes tributários ao crime de furto de energia elétrica**

Os recorrentes foram denunciados pela prática do crime de furto de energia elétrica, nos termos do artigo 155, §§ 3º e 4º, II e IC, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, porque no período de 2006 a abril de 2014, teriam, nas dependências do estabelecimento IRU Hotel, supostamente, subtraído em proveito da empresa, energia elétrica estimada em R\$ 75.698,19 (setenta e cinco mil, seiscentos e noventa e oito reais e dezenove centavos), bem de propriedade da autarquia municipal de energia – DEMEI.

A Defesa dos recorrentes impetrou *habeas corpus* perante o TJRS, com o escopo de trancar o processo-crime ao argumento de que houve, antes do recebimento da denúncia, o parcelamento da dívida com a autarquia municipal de energia elétrica, cujo pagamento encontrava-se em dia. Ademais, requereram subsidiariamente a suspensão do processo criminal pelo período do parcelamento e após o pagamento integral a declaração da extinção da punibilidade. O Tribunal Estadual denegou a ordem, o que motivou a interposição do recurso ordinário perante o Superior Tribunal de Justiça.

Levado a julgamento perante a 5ª Turma, o Ministro relator, Nefi Cordeiro, encaminhou voto pelo provimento do recurso, com base no entendimento, até então, firmado na Corte de que “embora o valor estipulado como contraprestação de serviços públicos – como energia elétrica e a água – não seja tributo, possui ele a natureza jurídica de preço público, já que cobrado por concessionárias de serviços públicos, que se assemelham aos próprios entes públicos concedentes (RHC 59.324/MS)”, razão pela qual se “aplica ao delito de furto de energia elétrica, de maneira análoga, as disposições das Leis n. 9.249/95 e 10.684/03” (RHC 56.505/SP). O Min. Joel Ilan Paciornik abriu divergência, contrariando antiga jurisprudência da Corte, razão pela qual a 5ª Turma, por unanimidade, resolveu afetar o caso para julgamento pela 3ª Seção.

Submetido o feito ao julgamento, entendeu o colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça, em matéria penal, por negar provimento ao recurso, nos termos do voto-vista do Min.

Joel Ilan Paciornik, restando vencidos os Ministros Nefi Cordeiro, Jorge Mussi e Sebastião Reis Junior. Da voto-vencedor, colhe-se os seguintes motivos determinantes para a mudança de entendimento da Corte: (a) a existência de política criminal distinta para os crimes de furto e tributário, pois enquanto neste a sanção penal é invocada como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal; naquele (furto) se tutela a posse, propriedade e a detenção dos bens, sendo que, no caso, haveria ainda tratamento mais rigoroso, pois ao se tratar de furto de energia elétrica, “além de atingir a esfera individual, tem reflexos coletivos e, não obstante seja tratado na prática como conduta sem tanta repercussão, se for analisado sob o aspecto social, ganha conotação mais significativa, ainda mais quando considerado a crise hidroelétrica recentemente vivida em nosso País”. (b) impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio, uma vez que para este existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para a hipótese de pagamento da “dívida” antes do recebimento da denúncia, nos termos do artigo 16, do Código Penal – arrependimento posterior; (c) a tarifa ou preço público tem tratamento diverso do tributo, logo, não cabe falar em aplicação por analogia do artigo 34 da Lei. 9.249/95 e da Lei 10.684/03, pois são restritas ao pagamento e/ou parcelamento de tributos e contribuições sociais.

Consta da movimentação processual a existência de pedido de habilitação no processo, na qualidade de *amicus curiae*, da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, o que foi indeferido pelo Min. Nefi Cordeiro, com base, em resumo, nos seguintes fundamentos: (i) não cabimento de *amicus curiae* em sede de *habeas corpus*, por se tratar de ação constitucional de rito célere, que visa garantir o direito de ir e vir; e, ainda que assim não fosse, (ii) inviabilidade do ingresso de *amicus curiae*, à luz da jurisprudência específica do STF e do STJ, após o início do julgamento.

### **2.2.11 HC 350.996 - Imprescindibilidade do laudo toxicológico para condenação pelo crime de tráfico de drogas**

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, contra acórdão do Tribunal Local que manteve a condenação do paciente, pela prática, em tese, do crime de tráfico ilícito de drogas e associação ao tráfico, aplicando-lhe a pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Alegou na impetração, em síntese, que o laudo provisório de constatação, formulado por agente policial, “não se presta

para comprovar a materialidade do delito quando da sentença condenatória, eis que não supre a ausência do laudo definitivo, imprescindível para que se comprove a materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas”.

Iniciado o julgamento, a 6ª Turma encaminhou o feito para julgamento perante a 3ª Seção, não havendo qualquer decisão específica sobre afetação, constando apenas a informação de que tal remessa decorreu de questão de ordem formulada perante o referido órgão fracionário.

A 3ª Seção, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, por ser substitutivo de recurso especial, porém concedeu a ordem de ofício, para o fim de absolver o paciente dos delitos lhe imputados no processo-crime originário.

Extrai-se do voto condutor os seguintes motivos fundantes do precedente: (i) condenação, no caso concreto, pelo crime de tráfico e associação ao tráfico de drogas pautada em laudo preliminar de constatação, “não tendo sido consignada em nenhuma das decisões a existência de laudo definitivo”; (ii) existência de julgados da 6ª Turma acerca da imprescindibilidade de laudo definitivo para comprovação da materialidade delitiva (AgRg no AgRg no Resp 1544057/RJ; HC 287.879/SC); (iii) o laudo definitivo é prova legal imprescindível à admissão da materialidade do crime de drogas, não suprível por prova testemunhal ou confissão, pois estas apenas indicam a autoria do crime e não sua materialidade; (iv) “somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por lado de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e conclusões equivalentes”.

Não houve pedido e tampouco habilitação de terceiros interessados no feito.

#### **2.2.12 RHC 64.086/DF – Procedimento de antecipação de provas, para oitiva testemunhal, em razão da testemunha ser agente de segurança pública. Interpretação do artigo 366, CPP e da Súmula 455/STJ**

A Defensoria Pública do Distrito Federal interpôs o recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus*, proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, alegando

ofensa à súmula 455<sup>151</sup> do Superior Tribunal de Justiça e ao artigo 366,<sup>152</sup> do Código de Processo Penal, porquanto, na origem, o Juiz singular havia determinado a produção antecipada de provas, consistente em oitiva de testemunha policial, genericamente justificada na possibilidade de perda da memória da testemunha que, ao trabalhar como agente de segurança pública, lida com inúmeras situações semelhantes no seu cotidiano.

O Min. Nefi Cordeiro levou o feito para julgamento perante a 6ª Turma e apresentou voto pelo provimento do recurso, fundamentando-o, em síntese, na dissonância do acórdão recorrido com a súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça e ao artigo 366, do Código de Processo Penal, uma vez que a produção antecipada de prova exige “a demonstração, com fundamento em dados concretos, da necessidade da medida excepcional, não sendo bastante a mera alegação abstrata de urgência e decurso do tempo”.

Diante da possível divergência sobre o tema, o Min. Rogério Schietti pediu vista e o então Min. Relator, Nefi Cordeiro, levantou questão de ordem indicando a necessidade de encaminhar o feito para a 3ª Seção, muito provavelmente por envolver a aplicação do enunciado sumular acima mencionado, o que foi acolhido pela 6ª Turma. Tal como ocorreu em todos os demais casos, não há decisão específica sobre a afetação, no entanto, colhe-se dos votos constantes do processo, especialmente o voto vencido, lavrado pela Min. Maria Thereza, a preocupação atinente à releitura da súmula 455, STJ.

No mérito, a 3ª Seção, por maioria apertada de 5 (cinco) votos a 4 (quatro), seguindo o voto divergente, proposto pelo Min. Rogério Schietti, negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, promovendo-se uma releitura restritiva à súmula 455 da Corte. Em apertado resumo, extrai-se do voto-condutor os seguintes motivos determinantes da decisão:

(i) se, por um lado, a jurisdição penal tem o dever de evitar que o acusado seja processado e julgado à revelia, não pode, a seu turno, ter seus resultados comprometidos pelo tardio depoimento de pessoas que, pela natureza de seu ofício, testemunham diariamente a prática de crimes, cujo registro mnemônico se perde com a sucessão de fatos similares e o decurso de tempo;

(ii) o artigo 366, inserido pela Lei 9.271/96, teve por objetivo corrigir a distorção até então existente de se permitir o julgamento à revelia de pessoas não localizadas, todavia buscou evitar que a nova sistemática resultasse em total

---

<sup>151</sup> Sum. 455. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

<sup>152</sup> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

ineficácia do futuro provimento jurisdicional, prevendo três alternativas, entre as quais, a produção antecipada de provas;

(iii) portanto, a produção antecipada de provas urgentes decorreu do propósito legislativo de não tornar inútil a atividade jurisdicional a ser desenvolvida após o eventual comparecimento do réu não localizado;

(iv) a razão de ser da súmula 455 está fundada no entendimento firmado pelo STJ de que o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos, com o decurso do tempo, não autoriza a produção antecipada de provas, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal;

(v) a fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de provas disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência.

Não houve no processo pedido de habilitação de terceiros na qualidade de *amici curiae*.

### **2.2.13 RHC 63.855 - Possibilidade de se avaliar os atos infracionais perpetrados pelo acusado, quando era inimputável, para fins de aplicação de medidas cautelares**

O paciente, denunciado como incurso no artigo 121, §2º, I e IV, c.c art. 29, ambos do Código Penal, por fatos ocorrido em outubro de 2013, teve sua prisão decretada em setembro de 2014. A Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por sua vez, denegou a ordem pleiteada. No recurso ordinário sustentou a ausência de preenchimento dos requisitos da constrição cautelar e excesso de prazo da prisão.

Iniciado o julgamento perante a Sexta Turma, o relator, Min. Nefi Cordeiro apresentou voto pelo provimento do recurso, com a concessão da ordem de *writ*, sob o fundamento de que “os atos perpetrados quando o paciente era inimputável não podem ser levados em consideração para quaisquer fins do Direito Penal”. O entendimento foi acompanhado pela Ministra Thereza de Assis Moura, tendo aberto divergência o Min. Gurgel de Faria, seguido pelo Min. Felix Fischer, os quais embora tenham concordado com o relator sobre a imprestabilidade dos

“antecedentes juvenis”, entendiam estar a prisão preventiva do paciente devidamente lastreada em outros fundamentos.

Diante da controvérsia que pairava sobre o tema perante as Turmas, havendo julgados para ambos os sentidos nos dois órgãos fracionários com competência para a matéria,<sup>153</sup> a 6ª Turma afetou o tema para o julgamento da 3ª Seção.

No julgamento de mérito do recurso, prevaleceu, por maioria, a interpretação de que os atos infracionais podem ser levados em consideração para decretação de medida cautelar, extraíndo-se do voto-vencedor, da lavra do Min. Schietti, a seguinte *ratio decidendi*: (a) em que pese os atos infracionais praticados pelo acusado, ao tempo de sua menoridade, não possam ser considerados antecedentes penais, não há que se confundir com a sua utilização para avaliação judicial de natureza cautelar – que não pressupõe juízo de culpabilidade, mas de periculosidade do agente; (b) os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares, especialmente em razão da análise da proteção da garantia da ordem pública em virtude do risco de reiteração delitiva; (c) para que autoridade judicial possa considerar os atos infracionais no momento da decretação da custódia cautelar, deverá imprescindivelmente averiguar: “(i) a particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; (ii) a distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; (iii) a comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência”.

Não consta do processo a existência de pedido de participação no feito a título de *amicus curiae*.

### 2.3 OS CASOS JULGADOS PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* OU DE RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

---

<sup>153</sup> Colhe-se do voto do Ministro Schietti os seguintes julgados: - favoráveis à tese de que atos infracionais não podem ser levados em consideração para fins de prisão preventiva: (RHC n. 55.058, Rel. Min. Rogério Schietti, relator para acórdão Min. Nefi Cordeiro); - em sentido oposto (RHC n. 60.213/MS, Min. Gurgel de Faria; RHC n. 55.996/BA, Min. Jorge Mussi; RHC 55.736/DF, Min. Sebastião Reis Junior).

Como acima apontado, a análise dos casos julgados no Supremo Tribunal Federal voltou-se para os *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus* afetados para julgamento em Plenário por indicação do Ministro Relator ou da Turma. Interessante notar que, diferentemente dos casos encontrados na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, onde a maioria foi a de recurso ordinário em *habeas corpus* (RHCs), os feitos encontrados no âmbito do Supremo Tribunal Federal majoritariamente se referem às ações constitucionais de *habeas corpus*.

Há uma explicação para tal fenômeno e está na estrutura de impugnação das decisões atinentes ao direito de liberdade de locomoção desenhada na Constituição e na Lei 8.038/90, em que se encontra a previsão do cabimento do recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus*, fazendo com que normalmente as Defesas se utilizem do recurso ordinário, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, para atacar decisões denegatórias de *writs* proferidas pelos Tribunais de segundo grau de jurisdição, mormente nas situações que não envolvam, de forma direta, prisão ou risco de prisão e, por consequência, contra os acórdãos que julgam improvidos estes recursos, impetram-se as ações de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, ademais, que dos 12 (doze) feitos selecionados para análise, não foi possível analisar o HC 117.281, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em virtude de tramitar em segredo de justiça.

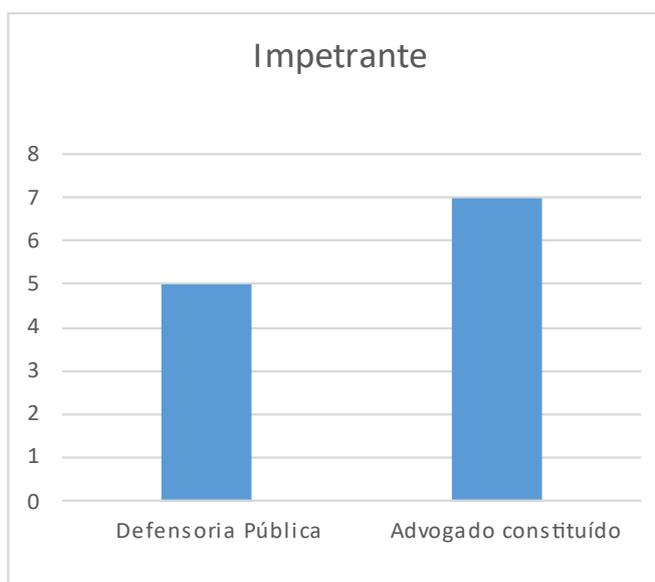
### **2.3.1 Considerações gerais sobre impetrante, relator, existência de decisão fundamentada da afetação, admissibilidade de terceiros interessados e resultado dos julgamentos**

Este item está dedicado à análise quantitativa dos dados gerais referentes aos casos de *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* afetados/indicados para julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal. O objetivo, em resumo, é mapear de forma geral quais “causas” estão sendo submetidas, em *habeas corpus*, para julgamento do Colegiado qualificado do STF, sob qual fundamento jurídico, quais Ministros têm se utilizado da técnica de afetação, se houve ou não a existência de participação de *amici curiae* e, por fim, quais os resultados destes julgamentos.

#### **a) Impetrante ou recorrente**

Em relação ao impetrante ou recorrente, a pesquisa demonstrou que entre os 12 (doze) casos julgados pelo Plenário, por afetação do Min. Relatou ou Turma, 5 (cinco) foram movidos pela Defensoria Pública – defensoria dos estados e defensoria pública federal – e 7 (sete) por advogados constituídos. Não há, portanto, uma diferença significativa da qual possa decorrer inferências sobre a relevância, do ponto de vista da indicação para o julgamento pelo colegiado maior, da figura do advogado que impetra o habeas ou interpõe o recurso ordinário.

Para melhor visualizar o que acima se sustenta, veja-se o seguinte gráfico:



Não obstante, pode-se dizer, por outro lado, que a técnica de formação de precedente vinculante, por meio da afetação do tema ao julgamento em Plenário tem grande potencial de impactar as pessoas assistidas pelas Defensorias Públicas, haja vista que quase cinquenta por cento dos casos afetados foram patrocinados por tais instituições, representando, desse modo, significativa relevância social. Ademais, vale registrar, dos 3 (três) casos com resultados positivos, de concessão da ordem, 2 (dois) foram impetrados pela Defensoria Pública da União – HC 118.533 e HC 100.181.

Essa realidade serve também para desmistificar uma certa ideia que percorre o senso comum na esfera criminal, segundo a qual os Tribunais Superiores somente são acessíveis para determinada classe social, economicamente favorecida e com condições de ter a causa patrocinada por advogados particulares.

#### b) Relatoria

Sobre o ministro Relator a pesquisa empírica demonstra haver uma distribuição quase que equânime entre os Ministros que utilizam ou utilizaram a técnica de envio do caso para a deliberação do Supremo Tribunal Federal. Nos casos analisados não apareceu nenhum que tenha por relatoria os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux.

Os dados estão representados no gráfico abaixo:



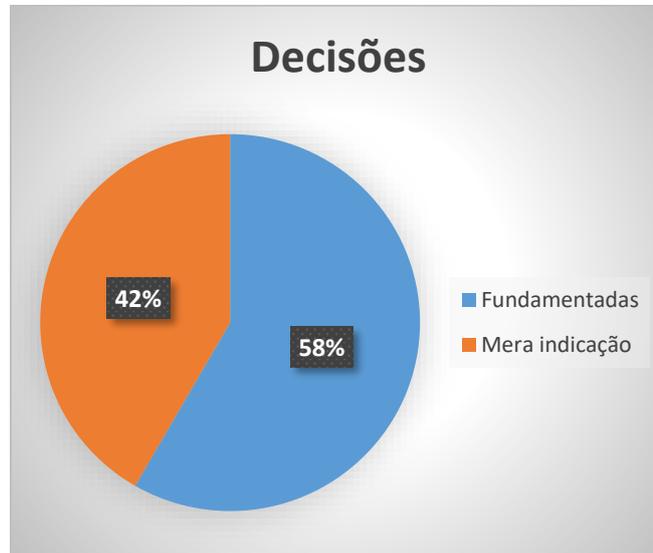
Interessante notar que a leve proeminência do Min. Edson Fachin em relação aos demais se justifica em razão das remessas, por ele feitas com base no artigo 21, XI, do RISTF, em dois *habeas corpus* (HC 152.752 e HC 143.433) cujo objeto era a prisão preventiva, respectivamente, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e ex-ministro Palocci no âmbito da denominada Operação Lava Jato; a indicação para julgamento em Plenário foi alvo de questão de ordem no *habeas corpus* 143.433, na qual se discutiu a existência de ofensa ao Juiz Natural (art. 5º, LIII, CR/88) e ao dever de motivação das decisões judiciais (93, IX, CR/88), conforme se analisará em tópico específico.

c) Existência de decisão fundamentada sobre a afetação do caso ao julgamento pelo Plenário:

Todos os casos analisados foram precedidos de decisão ou mero despacho determinando o deslocamento da competência da Turma para o Plenário do Supremo Tribunal Federal. Foram, ao total, 7 (sete) decisões fundamentadas com base na relevância do tema ou para prevenir

divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários e 5 (cinco) com mera indicação do poder do Relator, previsto no artigo 21, XI, do RISTF.

O gráfico abaixo é representativo desta constatação:



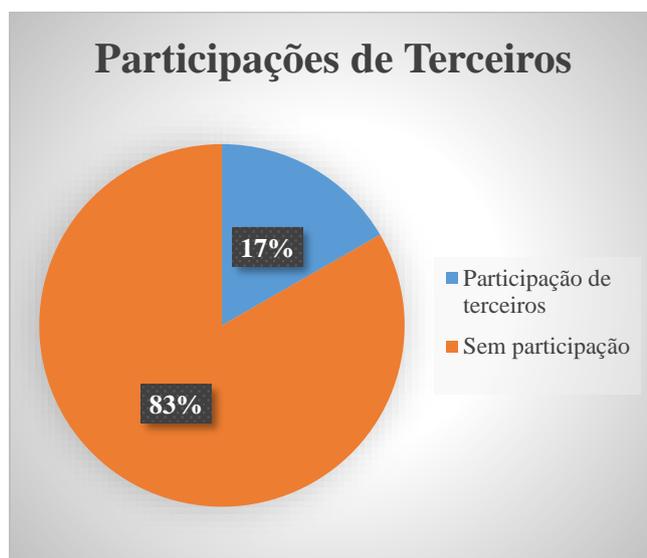
O tema da necessidade de fundamentação do deslocamento do caso para julgamento pelo Plenário possui significativa relevância para a tese aqui construída, não só em razão dos necessários limites que o Relator deve ter, mas também para se evitar a remessa desnecessária de demandas individuais que possam inviabilizar, por completo, a função primordial a ser exercida pela Corte Constitucional. Daí porque a proposta desenvolvida no tópico 3.5.2, malgrado já tenha o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal entendido, no HC 143.333, pelo poder discricionário do relator em encaminhar o *habeas corpus* para o julgamento perante o colegiado maior.

#### d) Participação de terceiros – *amici curiae*

A participação de terceiros nos procedimentos destinados à formação de precedente vinculante, com já dito, é imprescindível para se conferir legitimidade democrática à definição da norma penal e processual penal pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, se há um trabalho harmônico e integrado dos poderes legislativo e judiciário no estabelecimento do sentido da norma jurídica<sup>154</sup>; se há, como quer Häberle<sup>155</sup>, um processo aberto e plural na interpretação constitucional das sociedades democráticas, inseridas num contexto do Estado Constitucional, faz-se imprescindível a participação das entidades da sociedade civil nos procedimentos que tenham por função definir, em última palavra, o sentido do direito.

Ocorre que, na prática, a realidade demonstrada pelos casos pesquisados não corresponde às lições teóricas, pois dos 12 (doze) casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal apenas 2 (dois) contaram com a participação de *amici curiae*. O gráfico abaixo é muito ilustrativo dessa carência de debate ampliado sobre temas definidos em julgamento pelo Plenário, em sede de *habeas corpus*:



Os únicos casos que tiveram participação de *amicus curiae* foram o (a) HC 154.428, de relatoria do Min. Fachin, cujo tema debatido foi o enquadramento do crime de injúria racial como uma espécie de crime de racismo e respectiva imprescritibilidade, e, o (b) RHC 163.334, de relatoria do Min. Barroso, cujo objeto da deliberação foi a tipicidade da conduta, praticada

<sup>154</sup> Segundo Marinoni, “toca-se no cerne da questão quando se percebe que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra os juízes, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador”. Nessa perspectiva, a Suprema Corte – e para autor STJ também se enquadraria nessa categoria -, diante da função contemporânea, agrega substância à ordem jurídica – que então passa a ser composta pelos seus precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79-80).

<sup>155</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. **Revista DPU**, n. 60, nov-dez/2014.

por comerciante, de não recolhimento do valor de ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço.

Em ambos os casos, contudo, a admissão dos terceiros interessados não aconteceu sem gerar alguns debates, quiçá, relacionados à resistência da admissibilidade de *amici curiae* em sede de *habeas corpus*, o que representa um ponto de preocupação acerca da adoção da teoria dos precedentes no processo penal brasileiro, em especial nas demandas de natureza subjetiva.

Conforme explorado de forma mais pormenorizada na análise de cada um dos casos, no HC 154.428, o pedido de habilitação foi formulado após a inclusão da ação na pauta de julgamentos pelo pleno, pois não houve nenhuma publicização de que o caso seria lá julgado, tendo os advogados representantes das entidades relatado, no pedido de habilitação, a surpresa ao ter tomado conhecimento de que o tema seria debatido pelo órgão maior do supremo tribunal federal. Por sua vez, no RHC 163334 o Min. Relator, num primeiro momento, indeferiu e limitou os pedidos de participação de terceiros como *amici curiae*, admitindo-os posteriormente.

#### e) Resultados dos julgados do pleno do STF

A análise dos resultados dos julgamentos dos *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus* afetados para a deliberação do Plenário se faz imprescindível para o encaminhamento da tese aqui defendida. Isto porque, se há de um lado uma verdadeira empolgação com a hipótese de servir o *writ* de instrumento formador de precedente vinculante, porquanto se trata de ação constitucional de amplo espectro vocacionado à concretização de direitos fundamentais, mormente o da liberdade de locomoção direta ou indiretamente atingida; por outro, os dados extraídos para o exame que aqui se fez, com os recortes acima mencionados, apresentam uma realidade não tão alvissareira.

Dos 12 (doze) casos analisados, apenas 3 (três) tiveram resultado positivo, para a concessão da ordem de *habeas corpus*, quais sejam: (a) *Habeas Corpus* 129.129, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, analisado no subitem 2.3.6; (b) *Habeas Corpus* 100.181, de relatoria do Min. Marco Aurélio, analisado no subitem 2.3.7; e, (c) *Habeas Corpus* n. 118.533, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, analisado no subitem 2.3.11.

O gráfico abaixo representa a discrepância entre resultados negativos – denegação da ordem - e positivos – concessão da ordem ou provimento do recurso:



Tal cenário demonstra a necessidade de cautela ao se pensar na aplicação do sistema de precedentes vinculantes ao processo penal brasileiro, precipuamente quando se parte da singela compreensão literal do artigo 927, V, do Código de Processo Civil, porquanto a realidade demonstra que as recentes interpretações feitas pelo Plenário do Supremo Tribunal foram, majoritariamente, no sentido de recrudescimento da interpretação das normas penais e processuais penais, em algumas oportunidades resultando até mesmo na criminalização de conduta sobre a qual pairava dúvida jurisprudencial (RHC 163.334) e em atribuição da característica da imprescritibilidade a determinado delito (HC 154.248).

Com efeito, esta realidade reforça a necessidade de se traçar critérios para que o *habeas corpus* ou o recurso ordinário possam, quando julgados pela Suprema Corte, dar fruto em precedente de eficácia obrigatória, dos quais se destaca a efetiva possibilidade de comparticipação no processo por meio de terceiros interessados.

Para uma análise mais verticalizada sobre a forma como ocorreram os julgamentos acima mencionados, objetivando-se, ademais, examinar a presença ou não das características próprias de um precedente de natureza vinculante (motivo da afetação, *ratio decidendi*, deliberação colegiada, participação de amici curiae), passa-se ao exame individual dos casos julgados pelo Pleno do STF em sede de *habeas corpus* ou recurso ordinário, do período de março de 2016 a março de 2022.

### **2.3.2 HC 154.248 - Natureza jurídica do crime e imprescritibilidade do crime de injúria racial, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal**

Na origem a paciente, Luiza Maria da Silva, foi acusada e condenada pela prática do crime de injúria racial, positivado no artigo 140, §3º,<sup>156</sup> do Código Penal. Em sede de recurso especial a Defesa requereu a declaração da extinção da punibilidade em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela pena fixada na sentença condenatória.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entendeu a 6ª Turma que o crime de injúria racial, inserido pela Lei n. 9.459/97, enquadra-se como espécie do gênero racismo e, portanto, é demarcado constitucionalmente pela imprescritibilidade, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição da República, o que ensejou a impetração do *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se alegou, como tese jurídica, a distinção entre as figuras do crime de racismo, previsto na lei 7.716/1989 e o crime de injúria racial e consequente sujeição deste à extinção da punibilidade pela prescrição.

O Ministro Relator, Edson Fachin, afetou o caso para julgamento em Plenário por meio de mero despacho que não se encontra lançado em documento específico na movimentação do processo, constando apenas o seguinte: “[...]Forte nessas razões, nos termos do art. 21, inciso XI, o RISTF, submeto o julgamento do mérito do presente *Habeas Corpus* à deliberação do Plenário”.

Admitiu-se na qualidade de *amici curiae* as seguintes entidades da sociedade civil: (a) Movimento Negro Unificado – MNU; (b) Organização de Luta e Libertação do Povo Negro; (c) Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras – IDAFRO; (d) ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos; (e) Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA; (f) Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH; (g) Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvs; e, (h) Indômitas Coletiva Feminista.

No pedido de habilitação como *amici curiae* as referidas entidades expressaram a “grata surpresa” ao verem o tema pautado para julgamento do órgão máximo da Suprema Corte, o que revela a ausência de publicidade da decisão de afetação do caso para o julgamento em Plenário.

Em seu voto, o Min. Relator destacou a questão central do *habeas corpus* na seguinte indagação: “o crime de injúria racial é ou não uma forma de discriminação racial que se materializa de forma sistemática e assim configura o racismo e, como consequência, sujeita-se ou não à extinção da punibilidade?” Partindo da premissa da existência de racismo estrutural

---

<sup>156</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

na realidade brasileira e de que a diferença formal e topológica das criminalizações contidas na Lei 7.716/89 e no artigo 140, §3º, do Código penal não afasta a natureza deste crime como uma espécie do gênero racismo, o Min. Relator entendeu pela sua imprescritibilidade.

O Min. Nunes Marques abriu divergência, posicionando-se pela concessão da ordem com base, em síntese, nos seguintes fundamentos: (i) os crimes de racismo estão previstos na Lei 7.716/89 e possuem como bem jurídico a dignidade humana, razão pela qual se diferenciam do crime de injúria racial, que tem como bem jurídico a honra subjetiva da vítima; (ii) a excepcional imprescritibilidade dos fatos penalmente relevantes, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição da República, deve ser determinada em Lei, não cabendo tal tarefa ao judiciário.

Os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski lançaram votos fundamentados, acompanhando, em síntese, a proposta de resolução do caso encampada pelo voto do Ministro Relator, para o fim de reconhecer que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo e, portanto, imprescritível. A título de curiosidade, porque toca no tema de precedentes objeto do presente trabalho, no voto da Min. Rosa Weber há menção expressa ao *distinguishing* deste caso para o precedente oriundo do *Habeas Corpus* nº 86.452/RS, de Relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no qual embora o crime objeto da demanda fosse o de injúria racial, a discussão não se deu em relação à imprescritibilidade, mas à incidência da causa de aumento de pena para efeito de concessão da suspensão condicional do processo.

Saiu vencedora a tese de que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo, por conseguinte, imprescritível, destacando-se como *ratio decidendi* os seguintes fundamentos fático-normativos: (i) acusação de injúria preconceituosa em virtude de conduta injuriosa com utilização de elementos relacionados à cor da vítima; (ii) o crime de injúria racial, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.459/97 é espécie do gênero crime de racismo; (iii) o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, não estabeleceu a forma específica como deveria ser conformada, pela Lei, a tipificação das condutas e tampouco a necessidade de menção expressa da imprescritibilidade, sendo que as leis 7.716/89 e 9.479/97, além de não fazerem referência à palavra “racismo”, não definiram o âmbito conceitual da locução “prática de racismo”, cabendo ao interprete tal definição.

### 2.3.3 HC 117.055 – Exigência de tipo subjetivo específico para configuração do crime de receptação qualificada, prevista no artigo 180, §1º, do Código Penal e desproporcionalidade da pena

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão liminar proferida pela Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, no qual o impetrante sustentou a necessidade de superação do verbete sumular nº 691 do STF, trazendo como matéria de fundo a inconstitucionalidade do artigo 180, §1º,<sup>157</sup> do Código Penal, uma vez que sanciona de forma mais gravosa a hipótese culposa em comparação com a hipótese dolosa, prevista no *caput* do artigo 180 do mesmo diploma normativo.

O Min. Relator afetou o tema para julgamento em Plenário sob o fundamento de que a “impetração tem, como causa de pedir, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 180 do Código penal”, de modo que o exame reclamaria a atuação do Supremo pelo seu órgão máximo. Não houve nenhum pedido de habilitação de *amici curiae*.

Superando as questões formais, precipuamente a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória, o Min. Relator enfrentou o mérito da questão deduzida no *habeas corpus* – inconstitucionalidade da pena prevista para o crime de receptação qualificada que pune mais gravemente o agente que age em dolo eventual do que ao que atua em dolo direto –, posicionando-se pela constitucionalidade do preceito secundário estabelecido na forma qualificada do crime de receptação, pois “circunscreve-se a opção político-normativa criminal à consideração da atividade daquele que pratica a conduta. Observada a boa-fé dos consumidores e a necessidade de manter a credibilidade dos atos industriais e de comércio, dispôs-se sobre a qualificadora, procedendo-se no campo da razoabilidade”.

Para o Min. Relator, no que diz respeito ao aspecto subjetivo do delito, a interpretação do §1º primeiro deve levar em conta o que está tipificado no *caput* do artigo 180, do Código Penal, no sentido de que “a forma qualificada de receptação também pressupõe a ciência da origem ilícita penal do bem. Quando muito se poderia cogitar de interpretação conforme à

---

<sup>157</sup> Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, **coisa que sabe ser produto de crime**, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, **coisa que deve saber ser produto de crime**: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

Constituição, presente a razoabilidade, para concluir que a previsão encerra crime, considerados os núcleos nela contidos, quando o agente tem conhecimento de que a coisa é produto de delito”.

O tema acabou não sendo debatido, pois o colegiado, por maioria, entendeu por não conhecer do *habeas corpus*, seguindo o voto do Min. Fachin, fundamentado na “inadmissibilidade do *habeas corpus*, seja porque insuficientemente instruído, seja em razão do entendimento já sedimentado na Súmula 691, desta Suprema Corte”.

### **2.3.4 HC 176.473 - Interrupção do prazo prescricional pelo acórdão confirmatório da sentença condenatória. Interpretação dada ao artigo 117, inciso IV, do Código Penal**

O *Habeas Corpus* nº 176.473 foi impetrado pela Defensoria Pública da União contra acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no Recurso Especial n. 1.804.396/RR, com escopo de ver reconhecia a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena fixada na sentença, sustentando para tanto que o acórdão em segundo grau apenas confirmou a sentença condenatória, de modo que não poderia ser compreendido como marco interruptivo do prazo prescricional.

O Min. Relator, Alexandre de Moraes indeferiu monocraticamente o *habeas corpus* e após interposição de Agravo Regimental pela Defensoria Pública da União, na qual salientou a divergência de entendimento jurisprudencial entre as Turmas do Supremo Tribunal Federal<sup>158</sup>, entendeu por reconsiderar a decisão monocrática, conhecendo da impetração e determinando seu encaminhamento, nos termos do artigo 22 do RISTF, para julgamento pelo Pleno.

A afetação da causa para julgamento pelo Pleno se deu mediante despacho com indicação do artigo 22 do RISTF, em razão da “existência de posições divergentes entre as Turmas da Suprema Corte acerca da temática “suspensão do prazo prescricional pela prolação de acórdão confirmatório da condenação”. Ao que se percebe do despacho não houve uma preocupação em demonstrar a relevância do tema a ser dirimido pelo órgão máximo da Corte, havendo, inclusive, um erro técnico-dogmático ao se mencionar que o tema se cingia à suspensão do prazo prescricional, quando em realidade dizia respeito à interrupção da

---

<sup>158</sup> Sobre a divergência, da 1ª Turma consulte-se, entre outros, o ARE. 1130.096 e o HC 136.392; por sua vez, em entendimento contrário, da 2ª Turma, veja-se, entre outros, o RE 1.202.790-Agr, Min. Celso de Mello, RE n. 1.181.372-Agr, Min. Carmen Lúcia.

prescrição. Não houve pedido maior publicidade sobre a afetação e tampouco pedidos de entidades da sociedade civil para atuação como *amici curiae*.

Na deliberação colegiada, o Min. Relator entendeu por negar concessão à ordem de *habeas corpus*, estabelecendo como fundamentos determinantes da sua decisão – *ratio decidendi* – os seguintes: (i) a interpretação sistemática do artigo 117<sup>159</sup> do Código Penal leva à conclusão de que as causas interruptivas da prescrição ocorrem com a inércia do Estado; (ii) o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório e nem poderia fazê-lo, pois ao o Tribunal atuar há um agir, logo, não se poderia falar em inércia estatal – pressuposto fundante do instituto da prescrição; (iii) este entendimento vai ao encontro da alteração legislativa dada pela Lei 11.596/2017, que alterou a redação do inciso IV do art. 117, do Código Penal, acrescentando ao termo “sentença condenatória”, como fator de interrupção da prescrição, a expressão “acórdão condenatório”. (iv) o acórdão proferido em segundo grau de jurisdição é espécie do gênero decisão e substitui a sentença proferida em primeiro grau, quer seja ela absolutória ou condenatória.

Ao final de seu voto, o Min. Relator propôs a fixação da seguinte tese: “Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”.

Os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia acompanharam, em votos fundamentados, o entendimento e a solução jurídica proposta pelo relator.

Restou vencida a tese, encampada pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, segundo a qual o acórdão meramente confirmatório da sentença condenatória, independentemente da atenuação ou majoração da pena, não se enquadra na categoria “acórdão condenatório” e, portanto, não faz incidir a causa interruptiva do curso prescricional prevista no artigo 117, IV, do Código Penal.

Interessante notar que em nenhum momento houve a discussão sobre a irretroatividade do entendimento adotado pela maioria do colegiado, que sedimentou a interpretação mais

---

<sup>159</sup> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - **pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis**; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI - pela reincidência.

gravosa da norma prevista no artigo 117, IV, do Código Penal, cuja natureza jurídica da norma é, no mínimo, mista, pois que diz respeito ao exercício do poder punitivo estatal<sup>160</sup>. A segurança jurídica, confiabilidade e previsibilidade dos jurisdicionados, buscados com o pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ficaram, neste aspecto, prejudicados.<sup>161, 162</sup>

### **2.3.5 RHC 163.334 - Tipicidade da conduta de não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente de mercadoria ou serviço. Incidência do tipo penal do artigo 2º, II, da Lei 8.137/90**

Em primeiro grau de jurisdição, o juízo estadual da Vara Criminal de Brusque - SC absolveu sumariamente os acusados, com base no entendimento de que a conduta do comerciante que cobra em seu preço, o ICMS do consumidor final, e depois não o repassa à Fazenda é atípica e se configura mero inadimplemento fiscal.

<sup>160</sup> Sobre o tema, entre outros, ver: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 8ª ed. Belo Horizonte: D'placido, 2018; NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. Belo Horizonte: D'placido, 2018; BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, ano, v. 12, p. 14-16, 2016.

<sup>161</sup> Sobre a retroatividade da jurisprudência, ver: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008; LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. **Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo**, p. 43-87, 2016.

<sup>162</sup> Acerca da (ir)retroatividade do entendimento adotado neste precedente do e. STF, já houve manifestação da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, reafirmando a posição segundo a qual a jurisprudência não se confunde com lei e, portanto, não se submete aos critérios da (ir)retroatividade: "(...) III - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 176.473, de Relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, assentou o entendimento, segundo a qual "nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1.º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta". (...) V - No tocante à aplicação do entendimento jurisprudencial vigente acerca da prescrição, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que, embora o STJ tivesse firmado entendimento em sentido contrário ao fixado pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que a matéria não era pacífica nos Tribunais pátrios, principalmente em virtude de o STF possuir jurisprudência no sentido da tese firmada no julgamento do HC 176.473/RR. Assim, havendo divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, não há se falar em segurança jurídica, em estabilidade das situações já consolidadas nem em proteção ao princípio da confiança. Assim, não é possível a aplicação do entendimento anterior, uma vez que a decisão que preservasse esse entendimento não estaria imune à tese consolidada pela Suprema Corte, haja vista a possibilidade de recurso àquela Corte. Não há irretroatividade de interpretação jurisprudencial. De fato, o ordenamento jurídico proíbe apenas a retroatividade da lei penal mais gravosa. Ademais, a tese firmada pelo Plenário do STF, no HC 176.473/RR, se trata de mera consolidação da jurisprudência prevalente na Corte Suprema, motivo pelo qual não há se falar igualmente em modulação de efeitos"(AgRg no RHC n. 143.050/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/03/2021). Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 696.110/SC, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 04/04/2022)

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de Apelação, o qual foi provido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, determinando-se o prosseguimento do processo criminal contra os acusados. Contra este acórdão a Defensoria Pública estadual impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi afetado para julgamento pela 3ª Seção que, por sua vez, denegou a ordem, posicionando-se pela tipicidade da conduta no tipo delimitado no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90.

Diante deste acórdão, a Defensoria interpôs o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* que foi distribuído para o Ministro Roberto Barro. Como se tratava de tema de proporção nacional e que já vinha sendo acompanhado, inclusive, pela mídia, logo após a distribuição foram formulados pedidos de habilitação, na qualidade de *amici curiae*, pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em conjunto com o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP); e pelo Distrito Federal em conjunto com os estados do Acre; Amapá; Amazonas, Ceará; Espírito Santo; Maranhão; Mato Grosso do Sul; Minas Gerais; Pará; Paraíba; Paraná; Pernambuco; Piauí; Rio de Janeiro; Rio Grande do Norte; Rio Grande do Sul; Roraima; Santa Catarina; Sergipe; e Tocantins.

Num primeiro momento o Min. Roberto Barroso reconheceu a possibilidade excepcional da admissão de *amici curiae* no âmbito criminal, com aplicação analógica do artigo 138 do Código de Processo Civil, diante da grande repercussão social da questão debatida. Ressaltou, no entanto, que “a participação dos *amici curiae* tem por objetivo auxiliar o Tribunal na compreensão dos pontos controvertidos, e não criar transtorno processual”, limitando a habilitação de apenas uma entidade representante das indústrias – FIESP ou CIESO – e de um único estado da Federação. Com base no mesmo fundamento o Min. Relator indeferiu os pedidos de ingresso no feito, como *amici curiae*, requeridos pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e Serviço Móvel Celular e pessoal (Sinditelesbrasil) e pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomércio-SP).

Em seguida, considerando a relevância prática da matéria, com significativo impacto social, e apontando que a discussão fora acirrada no Superior Tribunal de Justiça, bem como a inexistência de posicionamento acerca do tema de qualquer uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, o Min. relator afetou o tema para julgamento pelo Plenário, fundamentando sua decisão na necessidade de preservar a segurança jurídica dos cidadãos potencialmente atingíveis pela definição do tema. Na mesma decisão, o Min. Barroso reconsiderou as decisões anteriores referentes aos pedidos de habilitação no feito como *amici curiae* para o fim de admitir todas as entidades requerentes, ocasião em que designou audiência pública com os representantes das partes, terceiros admitidos no processo e todos os órgãos públicos

diretamente interessados, prevendo a possibilidade de cada participante entregar memorial escrito e fazer uso da palavra por 10 minutos para apresentar seu argumento, deixando, ademais, claro na decisão que o interesse da relatoria era, para além do debate jurídico, no impacto da criminalização ou não sobre a realidade fática, criminal e tributária.

A maioria do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Min. Relator, negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, entendendo pelo enquadramento típico, no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90, da conduta do contribuinte que, escriturando e declarando O ICMS devido, deixa de recolhê-lo, desde que o faça de modo intencional e reiterado. Fixou-se a seguinte tese sobre o tema: “o contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

Ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, os quais votaram pelo provimento do recurso, sob os fundamentos, em resumo, (a) de que o crime previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90 depende, para sua configuração, da demonstração do elemento subjetivo específico consistente no *animus* de fraude do agente que se apropria dos valores do tributo descontado ou cobrado do consumidor final, e, de que a natureza indireta do ICMS é incompatível com a crime de apropriação indébita, pois os valores cobrados do consumidor final, no preço do produto ou serviço, integrariam o patrimônio do comerciante.

Apesar de mencionarem nos debates a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em período anterior ao julgamento do *Habeas Corpus* nº399.109 pela 3ª Seção, nada se falou sobre a eficácia temporal do precedente que conferiu, em última esfera, sentido normativo e âmbito de incidência do tipo penal positivado no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90.

### **2.3.6 HC 129.129 - Direito de ingresso nas dependências reservadas ao público na Câmara dos Deputados**

Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor de um grupo de pessoas vinculadas à União Nacional dos Estudantes (UNE) e ao movimento Amanhecer Contra a

Redução, contra ato do Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados Federais que proibiu a entrada de cidadãos nas galreias do Câmara durante a votação da PEC 173/93.<sup>163</sup>

A 2ª Turma decidiu afetar o caso para julgamento em Plenário, com base na justificativa de ser ação movida contra ato do Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados Federais e pela existência, segundo apontou o Min. Teori Zavascki de várias decisões monocráticas sobre o tema.

Não houve publicização do deslocamento para o Plenário e tampouco participação de terceiros interessados. No mérito o *habeas corpus* foi concedido para assegurar o direito dos pacientes de “ingressarem nos recintos reservados ao público na Câmara dos Deputados, respeitada a legislação vigente, incluída aquela na qual se assegura o dever-poder dos deputados de atuarem livremente nas discussões e votações das matérias sujeitas a deliberação”.

O julgamento ocorreu em Plenário virtual e o resultado foi por maioria significativa, restando vencido apenas o Min. Celso de Mello que indeferia o pedido de *habeas corpus*.

Uma questão interessante deste julgado diz respeito ao tempo de tramitação, pois decorreu mais de 3 (três) anos entre a decisão da Turma em afetar o caso ao Plenário, proferida em 07/06/2016, e o julgamento propriamente dito, que ocorreu na sessão virtual de 11.10.2019 a 17.10.2019

### **2.3.7 HC 100.181 – Inaplicabilidade da causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.078/90 para o crime de estupro após a Lei 12.015/09**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão monocrática, proferida pela Min. Laurita Vaz, que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, cujo tema concerne à inconstitucionalidade do artigo 9º, da Lei 8.072/90 por violação das garantias constitucionais da legalidade, *ne bis in idem*, e individualização da pena, positivados no artigo 5º, inciso XXXIX e XLVI, da Constituição Federal.

Na origem o acusado foi condenado à pena de 33 anos de reclusão, pela prática dos crimes de estupro e atentando violento ao pudor, em concurso material e com a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90, em virtude da incidência do artigo 224, vigente à época dos fatos (2006). A Defesa interpôs recurso de Apelação, a qual foi

---

<sup>163</sup> A PEC 171/93 tinha por objeto a redução da maioridade penal.

parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para o fim de afastar a incidência da referida causa de aumento de pena sob o fundamento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Diante desta decisão o MPRS interpôs recurso especial, que foi monocraticamente provido pela relatora, Min. Laurita Vaz.

O Min. Marco Aurélio, após apresentação de parecer pela Procuradoria Geral da República, “liberou” o processo para a inclusão na pauta do Pleno em virtude da “articulação de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 8.072/90. Não houve nenhuma decisão motivada da afetação da causa para julgamento pelo Pleno, limitando-se o Min. relator a destacar a questão da suscitada inconstitucionalidade.

O acórdão conta com apenas três votos fundamentados. O primeiro, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que conhecia da impetração e concedia a ordem para devolver os autos ao juízo da execução penal para promover a readequação da pena, tendo em vista (i) a impropriedade da aplicação da majorante do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos, quando a vítima não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 224, do Código Penal, e, (ii) a inviabilidade de aplicar concurso material entre as figuras de estupro e atentado violento ao pudor após a reforma legislativa dada pela 12.015/09, que unificou tais condutas no tipo penal do artigo 213 do mesmo diploma normativo. O segundo, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes que, ao final, sagrou-se vencedor, não conheceu do *habeas corpus* por ter sido impetrado contra decisão monocrática, porém concedeu a ordem de ofício para o fim de afastar a citada causa de aumento em razão da revogação expressa do artigo 224 do Código Penal pela Lei 12.015/2009, aplicada no caso concreto em decorrência do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. O terceiro, do Min. Edson Fachin que não conhecia da impetração e nem concedia a ordem de ofício.

Embora o feito tenha sido incluído para julgamento pelo Pleno em razão da tese de inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 8.072/90, não houve no acórdão maiores debates sobre o tema, constando apenas no voto do Min. Marco Aurélio o entendimento de que tal regra, ao prever aumento em fração única – metade da pena - não ofende o princípio da individualização da pena e não consubstancia dupla incidência nos casos de estupro e atentado violento ao pudor perpetrados mediante violência real.

Não houve participação de *amici curiae* no julgamento deste *habeas corpus*.

### 2.3.8 HC 143.333 - Prejudicialidade do *habeas corpus* liberatório, impetrado durante o curso do processo, após superveniência de sentença condenatória. Discricionariedade do relator em encaminhar a demanda para o debate em Plenário

Este *habeas corpus* ganhou significativa repercussão no período de seu julgamento, pois se referia à prisão preventiva do ex-ministro Antonio Palocci Filho no âmbito da denominada Operação Lava Jato. Num primeiro momento, em 03 de maio de 2017, o Min. Relator, mediante mero despacho, submeteu o julgamento do mérito do *habeas corpus* à deliberação do Plenário, limitando-se apenas a indicar o artigo 21 do RISTF.

Provocado mediante Agravo Regimental, o Min. Relator proferiu decisão fundamentada explicitando os motivos da remessa do feito para julgamento em Plenário, quais sejam: (i) existência de divergência entre as turmas sobre o cabimento e cognoscibilidade do *habeas corpus* impetrado de forma substitutiva ao recurso ordinário; (ii) necessidade de o Pleno se manifestar sobre as balizas do exame jurisdicional na hipótese de concessão da ordem de ofício, apontado a existência de diferença de critérios adotados pelos órgãos fracionários; (iii) poder discricionário do relator, nos termos do artigo 6º e 21, XI, do RISTF, de enviar *habeas corpus* para deliberação do Plenário, cuja orientação deve ser seguida pelos órgãos fracionários da Suprema Corte e pelos demais tribunais, nos termos do artigo 927, V, do Código de Processo Civil.

Iniciado o julgamento, foi submetida à deliberação do Plenário a questão de ordem referente à possibilidade de o Min. Relator remeter o *habeas corpus* para julgamento do colegiado maior de forma discricionária, sagrando-se vencedora a tese de que o artigo 21, inciso XI<sup>164</sup>, c.c artigo 6º<sup>165</sup> e 22,<sup>166</sup> todos do Regimento Interno do STF, que possui força de lei e deve ser seguido no âmbito interno da Corte, estabelecem o referido poder discricionário do relator, do qual não deriva nenhuma inconstitucionalidade. Ressaltou-se, ainda, que tal proceder tem natureza de ato de mero expediente e, portanto, não comportaria impugnação recursal, nos termos do artigo 305,<sup>167</sup> do RISTF.

---

<sup>164</sup> Art. 21. São atribuições do Relator: xi – remeter *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus* ao julgamento do Plenário

<sup>165</sup> Art. 6º Também compete ao Plenário: (...) II – julgar: c) os *habeas corpus* remetidos ao seu julgamento pelo Relator;

<sup>166</sup> Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamiento do Plenário.

<sup>167</sup> Art. 305. Não caberá recurso da deliberação da Turma ou do Relator que remeter o processo ao julgamento do Plenário, ou que determinar, em agravo de instrumento, o processamento de recurso denegado ou procrastinado

No ponto, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski que manifestaram entendimento no sentido de que o poder do relator de remeter o *habeas corpus* para o julgamento em Plenário está condicionado ao dever de motivação, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição e da leitura sistemática dos artigos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, nos artigos 11<sup>168</sup> e 22 exigem a fundamentação sobre a remessa da demanda para o colegiado maior. Segundo apontou o Min. Marco Aurélio, o fato de o relator ficar vencido no órgão fracionário não poderia justificar a referida remessa. O Min. Gilmar Mendes acompanhou o relator, fazendo a ressalva de que a remessa do feito para o Plenário, por determinação do relator, deve conter alguma justificativa.

Sobre o tema referente ao conhecimento do *habeas corpus* liberatório após a superveniência da sentença penal condenatória, ainda que não tenha havido motivação nova e específica sobre a prisão cautelar, o Min. relator apontou divergência de posicionamento entre as Turmas e encaminhou voto no sentido da prejudicialidade do *habeas corpus*, impetrado em razão de custódia cautelar, quando sobrevém sentença condenatória no processo principal, ressalvada a possibilidade da concessão do *habeas corpus* de ofício quando diante de flagrante ilegalidade ou decisão teratológica. A maioria do colegiado, por 6 (seis) a 5 (cinco), seguiu a proposição do Min. Relator para adotar o entendimento de que o *habeas corpus* impetrado contra prisão preventiva decretada no curso da investigação ou do processo crime perde o objeto após a sentença condenatória, tornando-se prejudicado. Ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Interessante, neste aspecto, os argumentos levantados pelo Min. Roberto Barroso acerca do excessivo número de *habeas corpus* julgados pela Suprema Corte brasileira, que no ano de 2017 beirava 10 mil, infinitamente superior ao número de *habeas corpus* julgados por outras Cortes Constitucionais.<sup>169</sup>

Sobre o mérito do *habeas corpus* não houve o destaque de nenhum debate sobre o qual existisse divergência jurisprudencial ou ainda questão relevante a ser dirimida pelo Plenário, limitando-se ao exame dos pressupostos para a prisão cautelar no caso concreto.

---

<sup>168</sup> Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: i – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; ii – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; iii – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula. Parágrafo único. Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator.

<sup>169</sup> Segundo apontado pelo Min. Roberto Barroso “A Suprema Corte Americana julgou, em 2015, cinco; em 2016, nove; em 2017, que ainda está em curso, termina em maio, três. Na Alemanha não existe o *habeas corpus* como tal, mas a prisão pode ser discutida a partir de reclamação prisional ou exame de validade da orem prisional. Em 2015, julgaram dois; em 2016, um; em 2017, quatro. A Suprema Corte do Canadá tem números parecidos.

Por fim, neste caso não houve pedido de participação de terceiros interessados como *amici curiae*, muito provavelmente porque ficou muito restrito ao exame do caso individual, sem haver destaque e tampouco publicidade sobre tema que pudesse ensejar repercussão para toda a sociedade.

### **2.3.9 HC 152.752 - Legalidade da execução provisória da pena determinada em recurso da defesa contra sentença que, genericamente, concedeu ao acusado o direito de recorrer em liberdade**

Tal como ocorreu no caso anteriormente analisado, este julgado ganhou grande repercussão em virtude de ter como paciente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e ter como objeto a prisão decretada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para fins de execução provisória da pena, no âmbito da famigerada Operação Lava Jato.

O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida monocraticamente pelo Min. Felix Fischer, que denegou a liminar pleiteada no *habeas corpus* n. 434.766/PR, no qual se discutia, em síntese e para o que aqui importa: (a) inconstitucionalidade da execução provisória da pena, determinada por Tribunal de segunda instância na pendência de recursos extraordinários; (b) a compreensão do Plenário da Corte Constitucional assentada no HC 126.292 e nas medidas cautelares incidentalmente apenas às Ações Diretas de Constitucional 43 e 44 afirmou a possibilidade da execução provisória, mas não a proclamou obrigatório, de modo que tais pronunciamentos não se constituíam em precedentes vinculantes; (c) ausência de motivação concreta a evidenciar necessidade da custódia cautelar do paciente; e, (d) ocorrência de *reformatio in pejus* na determinação de execução provisória pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, uma vez que não fora precedida de requerimento pelo Ministério Público Federal.

O Min. relator, Edson Fachin, indeferiu a liminar e remeteu o feito para julgamento em Plenário, justificando o referido deslocamento da competência natural da Turma, com fulcro no artigo 22 do RIST, diante de relevante questão jurídica e para prevenir divergências entre as Turmas, em razão da pendência de julgamento do “mérito das ADCs 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio, cujo tema precede, abarca e coincide com a matéria de fundo versada no presente, relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição”.

Após o julgamento de mérito do *habeas corpus* n. 434.766/PR pelo Superior Tribunal de Justiça, a Defesa apresentou aditamento e requereu a reconsideração da liminar para, em respeito ao direito fundamental à liberdade do paciente, suspender a ordem de prisão até o julgamento definitivo do Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade; subsidiariamente postulou pela imediata submissão da questão perante à Segunda Turma, apontado como juízo natural da impetração, tendo em vista a necessidade de igualdade de tratamento dado nos HCs 144.717/RS e 136.720/PR, que também aguardavam a solução do Tribunal antes da divulgação da pauta do Pleno.

O Min. Relator recebeu o aditamento e indeferiu os pedidos de reconsideração liminar e de submissão da questão à Segunda Turma, sob o fundamento de que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da execução criminal após a sentença ser confirmada em segundo grau permanecia hígida e, embora pudesse sofrer alteração no julgamento de mérito das “ADCs supramencionadas, tais ações não tiveram o mérito examinado” o que, segundo o Min. Relator, atrairia “a incidência do disposto no artigo 927, I e V, do CPC, aplicável, à luz do art. 3º do CPP, à espécie”. Afirmou, ademais, que a desafetação dos HCs 144.717/RS e 136.720/PR foi fundamentada na não coincidência com o tema debatido nas ADCs, razão pela qual em tais *writs*, diferente do que ocorria no caso concreto, não haveria pendência e precedência a justificar a afetação.

O *habeas corpus* foi submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 22/03/2018, antes do julgamento das ADCs, havendo num primeiro momento a deliberação sobre a questão preliminar de cabimento da ação constitucional de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário. Indicando a divergência das turmas sobre a restrição do *habeas corpus* na hipótese de ser cabível o recurso ordinário, previsto no artigo 102, I, ‘a’, da Constituição, o Min. Relator submeteu a questão ao escrutínio do colegiado maior, resultando vencedora a tese da ampliação do cabimento do *habeas corpus* mesmo em sede de acórdão recorrível por recurso ordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Foram vários os argumentos apresentados pelos Ministros que sedimentaram o posição acerca do cabimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, dos quais se pode extrair a seguinte *ratio decidendi*: (a) a Constituição abriu uma dupla possibilidade, no que toca ao cabimento de recurso ordinário em *habeas corpus* e *habeas corpus*, pois da mesma forma que prevê o recurso ordinário constitucional, a Constituição, no artigo 102, I, “i”, expressamente, traz a competência do Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de *habeas corpus* quando o coator for Tribunal Superior; (b) o aditamento feito à peça inicial da

impetração, para contemplar o acórdão que julgou o mérito do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, afasta a tese de não conhecimento, pois do contrário seria prestigiar a forma pela forma, expediente já repudiado em outras decisões do Plenário; (c) o *habeas corpus* é remédio constitucional nobilíssimo, de amplíssimo espectro e que visa a proteger um dos maiores valores do ser humano depois da vida, que é a liberdade, e, portanto, é preciso generosidade na sua admissão, pois é por meio dele que se consegue corrigir erros judiciários (d) O princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, motivo pelo qual se nem a lei pode, jamais poderia o Supremo Tribunal, por interpretação pretoriana afastar a apreciação judicial de um *habeas corpus* quando existe uma potencial lesão a direito.; (e) O *habeas corpus* é importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais

No mérito, a maioria do Pleno, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), entendeu por denegar a ordem de *habeas corpus*, vencidos em menor extensão os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que entendiam ser admissível a execução provisória da pena somente após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, e, vencidos em maior extensão os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, os quais se posicionaram pela ilegalidade da prisão em razão da inconstitucionalidade da execução provisória da pena automaticamente estabelecida após o julgamento em segundo grau de jurisdição por afronta ao princípio da presunção de inocência.

Não convém analisar, neste trabalho, a *ratio decidendi* norteadora da decisão mérito, porquanto o tema atinente à execução provisória da pena sofreu guinada jurisprudencial por ocasião do julgamento das ADCs 43 e 44, ocorrido em 07/11/2019, nos quais houve intensa participação de entidades da sociedade civil na qualidade de *amici curiae*.

Não obstante, cabe registrar que em alguns votos - em especial o Min. Rosa Weber - direcionados à não concessão da ordem, houve a expressa menção à necessidade de respeito ao precedente fixado no âmbito do *habeas corpus* 126.296 e do Agravo em Recurso Extraordinário 946.246, julgado em repercussão geral pelo Plenário Virtual, citando-se expressamente os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, que, como cediço, regulamentam a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico.

Não houve no julgamento deste caso concreto, limitado ao debate da prisão para execução provisória do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, qualquer participação de *amici curiae*.

### **2.3.10 HC 87.395 - Inexistência de coisa julgada e de preclusão na decisão que determina o arquivamento do Inquérito Policial com base em causa excludente de ilicitude**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado no longínquo ano de 2005, pela Defesa dos pacientes Mario Sérgio Bradock Zacheski, então Deputado Estadual pelo PMDB do Paraná, Amarildo Gomes da Silva, Obadias de Souza Lima e Senio Abdon Dias, contra decisão da 5ª Turma do STJ que desproveu o RESP n. 738.338, com escopo de buscar o trancamento do processo criminal instaurado perante a Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob a alegação de ilegalidade do desarquivamento do Inquérito Policial, anteriormente arquivado a pedido do Ministério Público em razão da incidência da excludentes de ilicitude prevista no artigo 23, incisos II e III, do Código Penal – legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal.

A Defesa alegou, em síntese, (i) ofensa ao artigo 18, do Código de Processo Penal, pois o órgão acusatório teria promovido investigação paralela, com oitivas em seu gabinete, após o arquivamento do inquérito policial pautado na presença da legítima defesa, que tal como o arquivamento por atipicidade da conduta faria coisa julgada material, bem como (ii) ofensa ao referido dispositivo, pois após o desarquivamento em razão das novas provas deveria ter sido o procedimento encaminhado para a autoridade policial dar continuidade às investigações, e não, como fez no caso concreto, ter realizado investigações de forma independente da polícia.

Em 24/10/2006 o *habeas corpus* foi submetido a julgamento pela Primeira Turma e após o voto do Min. Relator, Ricardo Lewandowski, pela concessão da ordem com base no fundamento de que, após o arquivamento do inquérito policial, não caberia ao Ministério Público proceder, de forma direta, novas investigações paralelas e em seguida ofertar a denúncia, a Min. Cármen Lúcia pediu vista. Na continuidade, em 24/06/2008, a Min. Cármen Lúcia levantou questão de ordem para remeter o caso para julgamento em Plenário, pois a matéria de fundo do *writ*, constante do voto do Min. Relator, tratava da impossibilidade de o Ministério Público conduzir diretamente as investigações após o desarquivamento do inquérito policial, tema que já se encontrava em debate pelo colegiado maior, o que foi acolhido por unanimidade.

Na data de 26.08.2010, após o voto do Min. Ricardo Lewandowski que deferia em parte o *habeas corpus*, para o fim de anular o recebimento da denúncia e determinar o retorno dos autos à origem, e os votos dos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso que deferiam a ordem totalmente, no sentido de reconhecer que o arquivamento do inquérito policial

com base em excludente de ilicitude, do mesmo modo que o arquivamento pela atipicidade da conduta, faz coisa julgada material, houve pedido de vista do Min. Ayres Britto, diante do que, por unanimidade, o Pleno da Suprema Corte determinou a suspensão do processo até a conclusão do julgamento do *writ*.

Em 23/03/2017, quando já havia a consolidação do entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca do poder do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, fixado no julgamento do RE 593727<sup>170</sup>/MG, o julgamento do *habeas corpus* foi retomado, ocasião em que a Suprema Corte, por maioria, decidiu por denegar a ordem, entendendo que o arquivamento do inquérito com base na ocorrência de excludente de ilicitude está sujeito ao desarquivamento, desde que surjam novas provas que afastem tal excludente, conforme, aliás, permite a súmula 524<sup>171</sup> do Supremo Tribunal Federal. Restaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Travou-se neste precedente um rico debate sobre as balizas do desarquivamento do inquérito policial, previsto no artigo 18, do Código de Processo Penal, tendo, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, revisitado a jurisprudência da Suprema Corte sobre a eficácia preclusiva da decisão de arquivamento do inquérito, e respectiva coisa julgada material, relacionada estritamente aos casos de prescrição da pretensão punitiva ou quando o fato é considerado atípico.

Da análise dos argumentos colacionados nos votos que ostentaram a tese vencedora, pode-se extrair os seguintes fundamentos indicativos do *principium argumentativo* – ou *ratio decidendi*: (a) O arquivamento do inquérito policial somente faz coisa julgada material em duas hipóteses: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta, o eu não é o caso de excludente de ilicitude; (b) o arquivamento do inquérito policial impede a rediscussão do caso baseada no reenquadramento dos fatos, de modo que não pode o Ministério Público, com base no mesmo fato provado, anteriormente considerado atípico, justificado ou não culpável, retratar-se do arquivamento e promover a ação penal, nos termos da súmula 524; (b) o desarquivamento das investigações não resulta na ofensa à vedação de dupla acusação, prevista no art. 8º, 4ª,<sup>172</sup> do Pacto de São José da Costa Rica, pois o arquivamento do inquérito ocorre

---

<sup>170</sup> Sobre a tese fixada no referido julgamento, ver: OLIVEIRA, João Rafael. O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indivíduo ou a qualquer pessoa sob investigação. In: CLEVE, Clemerson Merlin; KENICKE, Pedro H. Galotti. (org) **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito constitucional II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. I, p. 139-158.

<sup>171</sup> Súm. 524, STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem nova provas.

<sup>172</sup> Art. 8, 4, da CADH estabelece que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

antes de o órgão acusatório promover a ação penal; (c) o arquivamento de investigação pautado em fraude processual não possui eficácia preclusiva, nos termos da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal atinente à extinção da punibilidade baseada em certidão de óbito falsa, bem como, na regra estabelecida no artigo 565, CPP, segundo o qual “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”, o que se encaixa no caso da fraude praticada por policiais para se verem livres da responsabilização criminal.

Malgrado o interessante debate e a verticalização das reflexões sobre o tema constante em alguns votos, dos quais se destacam os lavrados pelos Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso, careceu o escrutínio de opiniões ampliadas que pudessem ser trazidas por eventuais representantes de entidades interessadas na matéria, pois não houve publicização acerca do debate do tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e, por consectário lógico, nenhum pedido de habilitação fora realizado por qualquer instituição interessada.

Ademais disto, da análise deste precedente surgiram outros pontos interessantes e que farão parte de algumas reflexões no 3º capítulo, a saber: (i) a morosidade do julgamento após a afetação do tema ao Plenário, e, (ii) a suspensão do processo criminal na origem até o julgamento de mérito do *habeas corpus*.

### **2.3.11 HC 118.533 - Inaplicabilidade da Lei 8.072/90 (crimes hediondos) ao tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.313/06)**

A Defensoria Pública da União impetrou o citado *habeas corpus* contra a decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial nº 1.297.936 interposto pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso, para o fim de considerar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado. O debate deduzido na impetração cingiu-se, portanto, à discussão acerca da natureza hedionda ou não do crime de tráfico de drogas, com a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

A Min. Cármen Lúcia, na posição de relatora do *writ*, determinou a afetação para julgamento em Plenário sob a justificativa de que já havia outro *habeas corpus* – HC 110.884 – com a mesma matéria afetada para julgamento pelo colegiado maior, razão pela qual ambos deviam ser julgados em conjunto.

O quadro fático do caso originário reportava imputação de tráfico de 700 kg de maconha, inquinada aos pacientes, Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, respectivamente, motorista do caminhão onde estava a substância entorpecente e o abatedor. Na sentença condenatória o Juiz condenou a ambos por tráfico privilegiado, afastando a natureza hedionda do crime, tendo o Ministério Público Estadual interposto Apelação e, posteriormente, diante de acórdão denegatório, interpôs o Recurso Especial acima mencionado. Tendo em vista a consolidação da condenação pelo crime de tráfico privilegiado, a despeito de algumas ressalvas feitas pelos Ministros Cármen Lúcia, Roberto Barroso e Rosa Weber sobre eventual equívoco do Juiz ao fazer o enquadramento típico das condutas dos pacientes no artigo 33, §4º, o debate pelo Plenário ficou circunscrito à caracterização ou não da natureza hedionda ao chamado tráfico privilegiado.

Por maioria, após longo debate ocorrido em mais de uma sessão, com mudanças de votos dos Ministros Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber, que inicialmente votavam pela denegação do *habeas corpus*, o Pleno concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, ficando vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio.

O elevado grau dos debates travados no julgamento deste caso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal reforça a importância do escrutínio colegiado, em que se estabeleça verdadeiro diálogo sobre a resolução do caso e o sentido constitucional que se pretenda atribuir à norma penal ou processual penal. No caso concreto, dentre os diversos argumentos que conformam a *ratio decidendi*, destacam-se os seguintes: (a) o legislador tem margem de confirmação, nos denominados mandatos de criminalização, podendo prever figurar que envolvam transação ilícita com drogas, mas que não configuram crime equiparado a hediondo. Isto porque o mandado de criminalização não exclui a necessidade de adotar uma reação estatal proporcional ao injusto; e, de fato, o legislador ordinário deixou a figura do tráfico privilegiado de fora do regime dos crimes equiparados a hediondo – art. 44 da Lei 11.343/06; (b) pelas normas legais pertinentes – art. 2º, da Lei 8.072/90, artigos 33 e 44 da Lei 11.343/06, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput, e §1º da Lei n. 11.343 seriam equiparadas aos crimes hediondos; (c) diante da ausência de menção expressa e precisa de que o tráfico minorado se configura como crime hediondo, conforme se infere da interpretação sistemática da Lei 8.072/90 e do artigo 44 da Lei de drogas, conclui-se que tal figura é compatível com o regime geral da execução penal, afastando-se o regime excepcional aplicável aos crimes hediondos; (c) a desproporcionalidade, à luz da política criminal adotada pelo legislador para a figura do tráfico minorado, com pena que pode ser estabelecida em 01 (um) ano e 08 (oito)

meses de reclusão, com o regime de execução penal do crime hediondo; (d) a complementar o raciocínio anterior, verifica-se que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não é equiparado a hediondo, ou seja, afirmar que o tráfico privilegiado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual.

Em que pese tenha a Min. Cármen Lúcia, relatora do feito, mencionado ter recebido memoriais de diversas instituições, dentre as quais a Conectas, não houve pedido de habilitação e intervenção de *amici curiae*.

### **2.3.12 HC 127.900 - Aplicação do artigo 400, do Código de Processo Penal, para os processos criminais de competência da Justiça Militar**

A Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* em favor de Blenner Antunes Vieira e Maick Wander contra ato do Superior Tribunal Militar, que negou provimento ao recurso de apelação lá interposto. Em síntese, indicou-se na impetração três teses:

- (i) incompetência da justiça militar para processar e julgar a ação penal movida contra os pacientes, pois não mais se encontram na condição de militares em virtude de estarem licenciados das Forças Armadas, o que demandaria a declinação da competência para a Justiça Penal Comum;
- (ii) quando a Administração Militar considerou discricionária e desnecessária a manutenção dos pacientes como militares, licenciando-os, abriu mão também de puni-los sob a legislação castrense, que se afigura mais gravosa do que a legislação penal comum;
- (iii) nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual, realizado na forma do art. 302 do Código de Processo Penal Militar e em desconformidade com o artigo 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08, que melhor atende às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e, portanto, deve ser aplicado ao procedimento especial da Justiça Militar.

O Min. Dias Toffoli, relator do feito, com fulcro no artigo 21, inciso XI, do RISTF, determinou a remessa do tema para julgamento do Plenário, justificando o referido deslocamento “diante da relevância da matéria e considerando que o tema relativo à incidência

do art. 400 do Código de Processo Penal não está pacificado na jurisprudência da Corte”. Seguindo ao que havia indicado pelo despacho da afetação, o Min. relator afastou as teses referentes à incompetência da Justiça Castrense e direcionou o debate para o tema da aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal às ações penais em trâmite na justiça especializada. Apontou, para tanto, a existência de julgados divergentes no âmbito dos órgãos fracionários da Suprema Corte, sendo que na Primeira Turma prevalecia entendimento favorável à incidência do estatuído no artigo 400 do CPP (HC 115.530/PR e HC 121.907/AM), e, a Segunda Turma, por sua vez, possuía entendimento divergente, no sentido de que o regramento processual militar, em razão do princípio da especialidade, prevalecia sobre o regramento processual comum (RHC 123.473/BA, HC 122.679/PA).

Depois de profícuo debate sobre a incidência do artigo 400 do Código de Processo Penal, na parte em que disciplina o interrogatório como último ato da instrução judicial, aos procedimentos em trâmite perante a Justiça Militar, o Pleno, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, porém fixou a tese de que “a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado”.

Os fundamentos que resultaram na supracitada tese, em síntese, foram os seguintes: (a) por ser mais benéfica e harmoniosa com a Constituição Federal, há de prevalecer, no processo penal militar, a regra do art. 400, do CPP, porém, em atenção à segurança jurídica esta orientação deve surtir efeitos prospectivos, aplicáveis aos casos cuja instrução não se tenha encerrado; (b) A hipótese examinada consistiria em nítida mutação constitucional<sup>173</sup>, pois a compreensão de que o interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas, em qualquer rito, no processo penal, é regra que melhor se adapta aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, decorre de uma interpretação evolutiva da Constituição; (c) a forma adequada de resolver a antinomia das normas, *in casu*, não é pelo critério da especialidade, mas pela hermenêutica que leva em consideração o estatuto constitucional do

---

<sup>173</sup> Nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, mutação constitucional é “uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14).

direito de defesa, melhor atendido pelo artigo 400, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.719/2008.

Duas questões chamam a atenção no referido precedente para os estudos desenvolvidos no presente trabalho. O primeiro concernente ao julgamento da tese, em abstrato, em feito de natureza subjetiva, tendo, inclusive, havido objeção acerca de tal proceder por parte do Min. Marco Aurélio, e, o segundo, referente à modulação de efeitos com escopo de garantir a segurança jurídica e evitar anulações de sentenças proferidas nos casos em que, regidos por procedimento especial, o interrogatório não havia seguido a ordem estabelecida no artigo 400, do Código de Processo Penal.

Por fim, cabe registrar que também neste caso não houve participação de *amici curiae*.

### 3. O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO FORMADOR DE PRECEDENTES VINCULANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Diante dos capítulos anteriores, em que primeiro se desenvolveu um arcabouço teórico sobre a aplicação da teoria dos precedentes no processo penal, como forma de atenuação da crise de legalidade, e, depois se analisou dados empíricos, de forma quantitativa e qualitativa, acerca dos casos julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, passa-se, neste último capítulo, a enfrentar o tema do *habeas corpus* como instrumento formador de precedentes vinculantes, levando-se em atenção a realidade da prática judicial das Cortes de Sobreposição demonstrada no capítulo 2.

Com efeito, buscar-se-á no presente capítulo problematizar a ideia de formação de precedente vinculante pela orientação firmada pelo colegiado maior da Corte Suprema no âmbito do *habeas corpus* e, por consectário lógico, do recurso ordinário em *habeas corpus*, com o fim de estabelecer critérios seguros para tal desiderato. Ao final, diante de tal realidade, estabelecer-se-á alguns critérios para que o julgamento de *habeas corpus* ou de recurso ordinário, realizado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, resulte em precedente de eficácia obrigatória.

#### 3.1 O *HABEAS CORPUS* ENQUANTO INSTRUMENTO FUNDANTE DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E LEGÍTIMO MECANISMO FORMADOR DE PRECEDENTE VINCULANTE

Numa perspectiva tradicional e genealógica, pode-se dizer que o *habeas corpus* originariamente destinava-se exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção (ir, vir e ficar), a ser invocado diante da prisão ilegal ou arbitrária de alguém.<sup>174</sup>

No Brasil, a história do *habeas corpus* tem suas particularidades, que vai da doutrina

---

<sup>174</sup> PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. (org.). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 20-47.

brasileira do *habeas corpus*, vivenciada na Primeira República e na qual se alargou consideravelmente seu campo de incidência,<sup>175</sup> às contemporâneas propostas de restrição e esvaziamento<sup>176</sup>. O *habeas corpus* tem especial relevância no país, a ponto de sua história se confundir com a história do Supremo Tribunal Federal, porquanto, foi “sobretudo, julgando pedidos de *habeas corpus*, nos quais suscitadas as mais importantes questões constitucionais da virada do século XIX para o XX, que o STF foi chamado a se manifestar na vida pública nacional”.<sup>177</sup>

Na vigente Constituição da República de 1988, o *habeas corpus* está positivado no rol de garantias fundamentais, no artigo 5º, LXVIII, o qual dispõe que “conceder-se-á “*habeas corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Trata-se de instrumento relevante para estruturação “de um sistema criminal ou, mais do que isso, de uma dogmática processual penal em conformidade com a proteção de direitos humanos, necessária a um país que pretenda se consolidar como Estado democrático de direito”.<sup>178</sup> Não sem razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao abordar o tema, manifestou-se no sentido de ser o *habeas corpus* uma garantia judicial indispensável à proteção dos direitos humanos, não podendo ser restringido e tampouco abolido, nem mesmo diante da

---

<sup>175</sup> Exemplificativos desse contexto histórico, dentre outros, são o *Habeas Corpus* nº 1.073, de 1898, impetrado por Rui Barbosa contra a manutenção de desterro de presos políticos após a cessação do estado de sítio; o *Habeas Corpus* 3.536, também impetrado por Rui Barbosa contra ato do chefe de polícia do Distrito Federal que impedira a publicação de discurso proferido no Senado no período (PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 30).

<sup>176</sup> Vide, a título de exemplo, a proposta das 10 (dez) medidas contra a corrupção encampada pelo Ministério Público Federal, na qual propõe a alteração do atual artigo 647, do Código de Processo Penal, para expressamente vedar a concessão de *habeas corpus* nas seguintes hipóteses: I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente; II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo; III – com supressão de instância; IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente; V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir. § 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.” Disponível em: <[https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida\\_4\\_versao-2015-06-25.pdf](https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_4_versao-2015-06-25.pdf)>. Acesso: 11/11/2021, às 20horas.

<sup>177</sup> PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 22.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 124-135

incidência legal de estado de exceção.<sup>179, 180</sup> Apresenta-se, nesse aspecto, como ferramenta elementar para se atingir o difícil e necessário equilíbrio entre dever de ação estatal com a também devida obrigação de abstenção, “a compensar o exercício do poder com a liberdade inerente ao ser humano”.<sup>181</sup>

Em termos de dogmática processual, o *habeas corpus* pode ser conceituado como “um meio de ataque colateral porque propicia a apreciação e eventual alteração de decisão por autoridade judicial que não é aquela responsável pela análise da questão em um primeiro momento”.<sup>182</sup>

A ação constitucional de *habeas corpus* possui destaque no ordenamento jurídico pátrio, sendo muito mais abrangente que os recursos, pois, ao contrário destes não possui as limitações atinentes à preclusão e aos requisitos de admissibilidade.<sup>183</sup> Veja-se, a importância do *habeas corpus* é de tal magnitude que todo cidadão possui legitimidade para sua impetração, dispensando-se, em razão disso mesmo, maiores formalidades.<sup>184</sup> Em razão dessa posição de superioridade do *habeas corpus* se faz necessário que o olhar técnico sobre tal instrumento seja voltado ao seu campo de tutela que, como visto, dirige-se à proteção do direito de liberdade de locomoção direta ou indiretamente ameaçado de violação que, por sua vez, afigura-se essencial ao exercício dos demais direitos humanos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal a análise do *habeas corpus* ganha, segundo ensina Guilherme Madeira Dezem, dupla relevância, pois “ao julgar os *habeas corpus* em

<sup>179</sup> GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 396.

<sup>180</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO. *El habeas corpus em el sistema interamericano de derechos humanos*. In: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/18.pdf>>. Acesso: 5 nov. 2021. Importante notar que a previsão constitucional do estado de defesa e de sítio, regulamentados nos artigos 136 e 137, CR/88, não estabelece a possibilidade de suspensão do habeas corpus.

<sup>181</sup> BOUYSSOU, Norma; PELLONI, Fernando M. Machado. *Habeas corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol 2, n. 1, p. 111-143, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.19>>. Acesso em: 27 nov. 2021, p. 126.

<sup>182</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Limites Cognitivos do Exame Judicial em Habeas Corpus nos Tribunais Superiores. In: NUNES, Mariana Madera; PADRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (orgs.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: RT, 2019, p. 124-135

<sup>183</sup> GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 397.

<sup>184</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Processo penal: a difícil relação entre o *habeas corpus* e os recursos na jurisprudência das cortes superiores. In: BADARO, Gustavo Henrique (Org.) **Doutrinas Essenciais: Direito penal e processual penal**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 689-702.

última instância no Brasil nossa Corte Constitucional passa um claro sinal daquilo que é admissível ser feito e do que não é admissível ser feito no sistema”.<sup>185</sup>

Em outras palavras, quando a Suprema Corte concede um *habeas corpus* ela transmite a mensagem aos tribunais inferiores e aos jurisdicionados que aquele ato impugnado por meio do *writ* fora realizado em desacordo com o ordenamento jurídico e vice-versa. O mesmo raciocínio pode ser empregado em relação às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem, a rigor, compete dizer qual a interpretação correta da legislação infraconstitucional e de tratado internacional.

Ocorre que, se tais afirmações estão corretas a partir da perspectiva persuasiva que as decisões das Cortes Superiores deveriam ter para com as instâncias judiciais inferiores, inexistente no ordenamento jurídico qualquer regulamentação específica sobre a possibilidade de força vinculante do precedente oriundo de julgamento de ação constitucional de *habeas corpus*.

Não se trata de tema simples, pois historicamente o *habeas corpus* tem sido caracterizado como ação subjetiva, voltado à proteção da liberdade individual daquele que figura como paciente. Extrair desta demanda subjetiva efeitos *erga omnes* perpassa por algumas dúvidas cujas reflexões e algumas respostas serão desenvolvidas nos tópicos subsequentes.

### 3.2 O *HABEAS CORPUS* ENTRE A RESTRIÇÃO E AMPLIAÇÃO DA SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Inegavelmente, o *habeas corpus* é um instrumento de contrapoder a serviço do cidadão contra o arbítrio estatal.<sup>186</sup> É por meio do *habeas corpus*, invariavelmente, que se consegue buscar o “controle da legalidade das investigações e das ações penais, uma vez que estas, ainda que de forma mediata, podem atingir a liberdade e, de forma drástica, também a dignidade do ser humano”.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Processo Penal: a difícil relação entre o *habeas corpus* e os recursos na jurisprudência das Cortes Superiores. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.) **Doutrinas Essenciais: Direito penal e processual penal**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 689-702.

<sup>186</sup> TORON, Alberto Zacharias. ***Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 27.

Não obstante, é conhecida a atual posição prevalecente na jurisprudência das Cortes Superiores a respeito da restrição do *habeas corpus*,<sup>188</sup> justificada em razão do excessivo número de tais ações que aportam aos referidos tribunais.

Essa antiga e persistente queixa sobre o excessivo número de *habeas corpus* nas Cortes Superiores,<sup>189</sup> quase sempre vindas daqueles que exercem judicatura nos citados tribunais, chegou a inicialmente reverberar na Comissão de Notáveis Juristas responsável pela elaboração da proposta de Novo Código de Processo Penal, a qual originariamente, em síntese, restringiu o cabimento do *habeas corpus* aos casos de prisão ilegal.<sup>190</sup> Como se sabe, após sérias críticas da doutrina e de diversas instituições da sociedade civil, da qual se destaca o papel desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o substitutivo ao projeto de Lei apresentado ao Senado retomou a (ampla) previsão contemplada no vigente Código de Processo Penal.<sup>191</sup>

Sobre o tema, após importante pesquisa empírica que demonstrou ser o excessivo número de *habeas corpus* um sintoma do reiterado descumprimento, por parte de Tribunais Estaduais, de temas consolidados e por vezes sumulados no Superior Tribunal de Justiça, Thiago Bottino concluiu que “não se considera necessária, nem apropriada, qualquer restrição à impetração de *habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso. Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento de ordem *ex-officio*”.<sup>192</sup>

Os dados mencionados na referida pesquisa indicam ser acertada a afirmação de que enquanto não houver outro meio processual igualmente eficaz para afastar ilegalidades e abuso de poder que impliquem, imediata ou mediata, em restrição do direito fundamental de

<sup>188</sup>Sobre o tema: HC 695755/SP, STJ, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca; HC 535.063/SP, 3ª Seção STJ, Rel. Min Sebastião Reis Jr;

<sup>189</sup> Na data de 03/12/2021, durante a conferência de encerramento do Congresso de Direito Penal do Ministério Público da Região Sudeste, o Min. Joel Paciornik ressaltou a preocupação sobre o “aumento das ações ajuizadas, notadamente de *Habeas Corpus*”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-06/ministro-paciornik-stj-participa-congresso-direito-penal>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

<sup>190</sup> Nos termos do anteprojeto, a coação será considerada ilegal: I - “quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação”; II - “quando quem ordenar a prisão(10) não tiver competência para fazê-lo”; IV - “quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão” (...) VI - “quando o processo a que se refere a prisão ou a sua decretação for manifestamente nulo”;(11) VII - “quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão”;(12) art. 636, parágrafo único: “Não se admitirá o *habeas corpus* nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo”.

<sup>191</sup> DOTTI, Rene Ariel. O projeto do novo código de processo penal e as garantias essenciais do *habeas corpus*. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 18, nº 221, abr/2021. Disponível em: <<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim221.pdf>>. Acesso em: 28/11/2021.

<sup>192</sup> BOTTINO, Thiago. *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores – propostas para reflexão. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito penal e processual penal**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 823-856.

liberdade de locomoção, o *habeas corpus* não pode ser tolhido, pois serve de um importante “mecanismo de calibragem do sistema processual penal”.<sup>193</sup>

O *habeas corpus*, nesta perspectiva, é funcional ao sistema de justiça criminal, porquanto possibilita “obviar com mais rapidez os casos carentes de justa causa, ou nulos”, o que resulta na correção de rumos do processo sem qualquer risco de prescrição. Em que pese se possa inicialmente pensar que tal argumento não encontraria respaldo na realidade do dia-a-dia forense, por ser a busca pela prescrição também uma estratégia legítima de defesa, o fato é que, conforme bem pontuado por Toron “a extirpação da nulidade o quanto antes permite frear a marcha do processo errado, que desrespeita a forma, mas, se não obstado, pode criar um fato consumado com a produção de provas materialmente robustas de modo a comprometer o próprio reconhecimento do defeito do *modus procedendi*”.<sup>194</sup>

Ademais, o preceito constitucional positivado no artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República, “transformou o *habeas corpus* em um amplíssimo “agravo” cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória proferida em processo penal. E mesmo nos casos em que há recurso específico, prefere-se o *habeas corpus*, por ser medida mais eficaz”.<sup>195</sup>

A restrição do *habeas corpus* pelas Cortes Superiores, em autêntica jurisprudência defensiva, que tem resultado não raras vezes em não conhecimento do *writ* com concessão da ordem *ex officio*, além de ser ilógica abriu caminho para “perigosa seletividade e discricionariedade”.<sup>196</sup>

Dessarte, definitivamente, a racionalização do sistema de justiça criminal brasileiro não passa pela restrição do *habeas corpus*. Ao revés, conforme se pode constatar no presente trabalho, a adoção de um sistema amplo de *habeas corpus* que possibilite aportar aos Tribunais Superiores temas relevantes que possam ser deliberados pelo colegiado maior das Cortes Superiores e assim formar precedente vinculante, com orientação para todos os órgãos jurisdicionais, parece ser o melhor caminho.

Aliás, embora não seja seguido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>197</sup>, o entendimento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na questão de ordem formulada no *Habeas Corpus* 152.752 foi a de amplo cabimento do *habeas corpus*, devendo ser admitido até mesmo diante de acórdão que desafia recurso ordinário. Dada a relevância da referida decisão, vale

<sup>193</sup> TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35.

<sup>194</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>195</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 474.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 481.

<sup>197</sup> Por todos, veja-se o HC 535.063/SP, julgado pela 3ª Seção e que foi analisado no tópico 2.2.7, no qual, por maioria, firmou-se o entendimento do não cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

destacar os seguintes motivos que, em resumo, alicerçaram os votos apresentados pela maioria vencedora: (a) a Constituição abriu uma dupla possibilidade, no que toca ao cabimento de recurso ordinário em *habeas corpus* e *habeas corpus*, pois da mesma forma que prevê o recurso ordinário constitucional, a Constituição, no artigo 102, I, “i”, expressamente, traz a competência do Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de *habeas corpus* quando o coator for Tribunal Superior; (b) o *habeas corpus* é remédio constitucional nobilíssimo, de amplíssimo espectro e que visa a proteger um dos maiores valores do ser humano depois da vida, que é a liberdade, e, portanto, é preciso generosidade na sua admissão, pois é por meio dele que se consegue corrigir erros judiciários (c) O princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, motivo pelo qual se nem a lei pode, jamais poderia o Supremo Tribunal, por interpretação pretoriana afastar a apreciação judicial de um *habeas corpus* quando existe uma potencial lesão a direito.; (d) O *habeas corpus* é importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Dessarte, a perspectiva adotada no presente estudo, nos termos consignados no supracitado julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal, é de amplo cabimento do *habeas corpus* para a salvaguarda do direito de liberdade de locomoção, direta ou indiretamente atingido ou ameaçado de restrição.

### 3.3 O *HABEAS CORPUS* COMO LEGÍTIMO E EFICAZ MECANISMO DE TUTELA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Estado Constitucional de Direito tem por base nuclear as regras do devido processo legal, por meio do qual, conforme leciona Prado “o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”.<sup>198</sup>

O processo penal, inserido neste contexto, por ser necessário<sup>199</sup> para aplicação da sanção penal, deve ser lido como instrumento de máxima eficácia das garantias fundamentais. Assim,

<sup>198</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

<sup>199</sup> Como explica Jacinto Coutinho, ocorrido o fenômeno, em tese, criminoso, a sanção só será executada após a decisão jurisdicional que por sua vez está atrelada a um pressuposto: a reconstituição de um fato passado, o delito, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989).

quanto maior for o respeito pelas garantias processuais mais efetivas serão as garantias substanciais.<sup>200</sup>

Está aqui a razão pela qual o processo não pode ser um mero jogo de cena, um simples procedimento formal que antecede a aplicação de um conseqüente penal previamente estabelecido<sup>201</sup>. Ao contrário, como sintetiza Geraldo Prado “somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estará de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica do devido processo legal”.<sup>202</sup>

Ausente nas Constituições anteriores, a cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5, inciso LIV, da CR/88, dispõe expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Longe de ser mera formalidade procedimental, o *due process* possui substancial significado histórico.<sup>203</sup> Nas palavras de Casara e Melchior “através do devido processo legal substancial, a Agência Judicial está obrigada a questionar a razoabilidade/proporcionalidade das leis e a justiça das decisões estatais, independente da esfera em que foram proferidas”.<sup>204</sup> Em sentido formal/processual, por sua vez, significa a necessidade de um processo regido por uma legislação previamente estabelecida, no qual se observe a efetiva paridade de armas entre as partes.

O devido processo legal, nos seus dois aspectos, conduz ao *devido processo penal*, compreendido como desenvolvimento da persecução penal com respeito ao conjunto de garantias individuais do imputado/acusado, que conferem legitimidade ao acerto do caso penal. Nesse sentido, em interessante pesquisa sobre a definição de “devido processo penal” pelas Cortes Constitucionais, Klopocka-Jasinska, após discorrer sobre a constitucionalização

<sup>200</sup> Nas palavras de Ferrajoli: “As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “instrumentais” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “substanciais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

<sup>201</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o poder judiciário. In: Antonio José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v., p. 291-300.

<sup>202</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

<sup>203</sup> Sobre o tema: NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 7ª ed. Belo Horizonte: D’placido, 2018; ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

<sup>204</sup> CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 319.

do devido processo legal nos Estados Democráticos contemporâneos,<sup>205</sup> explica que o devido processo penal está associado ao conceito de justiça procedimental que, para além de uma perspectiva meramente instrumental, “deve corresponder a certos princípios e realizar certos valores como a dignidade humana, o princípio da igualdade, a exclusão de certas medidas independentemente da sua eficácia(...)”.<sup>206</sup> Ademais, segundo a referida autora os Tribunais Constitucionais têm exercido fundamental papel na concretização do devido processo legal, em algumas vezes por instrumento de acesso direto do cidadão à Corte constitucional.

Diante dessa densidade do devido processo legal, o que se coloca em questão no presente trabalho concerne justamente a enxergar a ação constitucional de *habeas corpus* enquanto um instrumento legítimo, eficaz e hábil a tutelá-lo.

Como visto, “o habeas na conformação brasileira é um importante instrumento de fazer respeitar os Direitos Fundamentais que atinam com o processo penal”.<sup>207</sup> Nesse sentido, reconhecer a maior abrangência do *habeas corpus* em comparação com os recursos, mormente os recursos extraordinários, é medida que se impõe, não só em razão da sua fundamentação normativo-teórica, mas sobretudo pelo que se colhe da construção pretoriana das Cortes Superiores.

Com efeito, no que concerne ao controle do devido processo legal por meio do habeas, inúmeros são os casos de *writs* impetrados e concedidos pelas instâncias superiores, cujos temas em debate não diziam respeito diretamente à liberdade de locomoção, senão que tratavam, dentre outras situações, do “acesso ao caderno investigatório”,<sup>208</sup> do “excesso de acusação”,<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Segundo a autora, a constitucionalização do devido processo legal foi fortemente inspirado nos tratados internacionais de direitos humanos estabelecidos após a segunda guerra, havendo a sua adoção expressa ou implícita nos estados democráticos contemporâneos (KLOPOCKA-JASIŃSKA, Marta. *Editorial of the dossier “The role of constitutional courts in shaping procedural fairness in criminal cases” – Constitutionalisation of the right to a fair criminal trial as a process inspired by Constitutional Courts. Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 13-46, jan.-abr. 2022, p. 26.

<sup>206</sup> KLOPOCKA-JASIŃSKA, Marta. *Editorial of the dossier “The role of constitutional courts in shaping procedural fairness in criminal cases” – Constitutionalisation of the right to a fair criminal trial as a process inspired by constitutional courts. Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 13-46, jan.-abr. 2022, p. 34.

<sup>207</sup> TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

<sup>208</sup> O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 82.354-8, Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence assentou pela primeira vez o direito de o advogado ter acesso aos elementos de investigação já encartados aos autos de Inquérito Policial, entendimento que veio a ser posteriormente fixado na sumula vinculante nº 14, STF (TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58

<sup>209</sup> Vide *Habeas Corpus* nº 86.163, em que o Supremo Tribunal Federal afastou qualificadora da surpresa (121, §2º, IV, CP) por entendê-la incompatível com a imputação da prática do crime de homicídio em dolo eventual (TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59).

da “ilicitude da prova por ofensa à formalidade legal para realização do ato de reconhecimento de pessoas”,<sup>210</sup> todos, em última análise, relacionados ao devido processo penal.

Por outro lado, o recurso de índole extraordinária, diante do rigor formal exigido para sua apreciação, cada vez mais obstaculizado pela jurisprudência defensiva,<sup>211</sup> parece não ser um instrumento suficientemente útil a proteger o devido processo legal, o que reforça a necessidade de o *habeas corpus* servir de tal ferramenta. Além dos requisitos formais exigidos para a admissibilidade dos recursos extraordinários, importante verificar que alguns temas são próprios da ação constitucional de *habeas corpus*, como os relacionados às medidas cautelares pessoais, diante do que se reforça a necessidade de o *writ* servir para fixação de precedente obrigatório quando em debate matéria de tal natureza. Neste ponto, aliás, conforme se constata da análise realizada no capítulo 2, dos 13 (treze) casos submetidos à deliberação da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, 04 (quatro) se referem diretamente à interpretação a ser dada aos dispositivos do Código de Processo Penal e legislação esparsa acerca de medidas cautelares pessoais (prisão preventiva, prisão domiciliares e medidas cautelares diversas da prisão): (a) RHC 145.931, no qual se deliberou sobre a possibilidade de prisão domiciliar em fase de execução provisória da pena, para mulher mãe de filho menos de 12 anos de idade; (b) RHC 101.443, em que se discutiu sobre a necessidade de o Juiz Criminal enfrentar, na decisão de pronúncia, a necessidade de decretação, manutenção ou revogação das medidas cautelares pessoais; (c) RHC 131.263, em que se definiu a inviabilidade da decretação da prisão preventiva ex officio, e, (d) RHC63.855, no qual se deliberou sobre a utilização do atos infracionais cometidos pelo acusado ao tempo de sua menoridade para o fim de subsidiar o decreto de custódia cautelar para proteção da ordem pública, em virtude do risco de reiteração delitiva.

Ademais, para além dos temas que diretamente tratam da custódia cautelar, é inegável a relevância do *habeas corpus* como efetivo mecanismo de tutela dos direitos fundamentais dos jurisdicionados submetidos à persecução penal, como, aliás, se pôde constatar nos casos analisados no capítulo 2, oriundos tanto da 3ª Seção do STJ, como do Pleno do Supremo Tribunal Federal, dos quais se destacam, a título exemplificativo: (i) RHC 83.233, julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no qual se consolidou o entendimento sobre a ilicitude

---

<sup>210</sup> Sobre o tema, vale a leitura do paradigmático *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, que promoveu verdadeira guinada interpretativa, no âmbito do STJ, acerca da invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do Código de Processo Penal.

<sup>211</sup> Sobre o tema, leciona Badaró que “não seria exagero dizer que, nos últimos tempos, há uma restritivíssima jurisprudência defensiva, que em tudo vê inadmissível “questão de fato” ou o óbice insuperável da necessidade de “reanálise do conjunto fático-probatório” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 332).

da prova (dados fiscais) obtida diretamente pelo Ministério Público sem o respeito à reserva jurisdicional; (ii) HC 535063/SP, julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que se firmou posição sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes tributários relacionados à tributos estaduais (ICMS); (iii) HC 118.533, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual se adotou a tese da inaplicabilidade da causa especial de aumento, prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90, para o crime de tráfico ilícito de drogas privilegiado; (iv) HC 127.900, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que se fixou a tese sobre a aplicabilidade do artigo 400, do Código de Processo Penal, especialmente a realização do interrogatório como último ato de instrução judicial, para os crimes militares e demais delitos previstos em leis especiais com procedimentos especiais;

Além dos casos analisados, pode-se citar, como exemplo de concretização do devido processo legal pela via excepcional do *habeas corpus*, no Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* nº 166.373/PR,<sup>212</sup> relator para acórdão o Min. Alexandre de Moraes, no qual o Pleno da Suprema Corte enfrentou o tema da ilegalidade da determinação judicial de apresentação das alegações finais dos réus colaboradores e não colaboradores no mesmo prazo. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que pese não tenha sido submetido ao julgamento pela Corte Especial ou pela 3ª Seção, o paradigmático *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, de Relatoria do Min. Rogério Schietti, que promoveu substancial alteração no posicionamento jurisprudencial sobre a ilegalidade do reconhecimento de pessoa procedido em desconformidade com o que dispõe o artigo 226, do Código de Processo Penal.

Do Superior Tribunal de Justiça também se constata importante precedente, não vinculante, oriundo do *Habeas Corpus* nº 598.051/SP, impetrado pela Defensoria Pública, no qual a 6ª Turma estabeleceu, na ausência de normatização específica, critérios para a validade da anuência do morador para o ingresso da polícia em seu domicílio sem a autorização judicial. No referido *habeas corpus*, além de determinar a comunicação do acórdão à diversos órgãos estatais e não estatais, a Sexta Turma estabeleceu prazo de um ano para permitir “o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às

---

<sup>212</sup> Embora o acórdão ainda não esteja disponível, colhe-se da consulta processual perante o site do Supremo Tribunal Federal a seguinte decisão: “O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Prosseguindo no julgamento e após proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Tribunal, por maioria, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado neste *habeas corpus*, já julgado, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese em assentada posterior. Plenário, 02.10.2019”.

diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal”.<sup>213</sup>

No entanto, malgrado o considerável avanço, em termos de efetivação de direitos fundamentais, que os precedentes acima citados representam, relevante notar que há na contemporânea jurisprudência das Cortes Superiores julgados oriundos de *habeas corpus* e de recursos ordinários, submetidos ao órgão máximo, nos quais se definiu interpretação mais restritiva de direito fundamental do jurisdicionado, dos quais se pode citar como exemplo: (i) RHC 101.299, julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou a incidência, por analogia, do direito de suspensão do processo ou de extinção da punibilidade previstos para os crimes tributários, ao casos de crime de furto de energia elétrica; (ii) RHC 63.855, da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que se considerou legítima a avaliação de atos infracionais cometidos pelo acusado ao tempo da inimputabilidade para fins de decretação de custódia cautelar; (iii) HC 176.473, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual se fixou tese sobre a interrupção do prazo prescricional em virtude de acórdão proferido em segundo grau de jurisdição, confirmatório de condenação; (iv) HC 154.248, do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que se firmou posicionamento sobre a imprescritibilidade do crime de injúria racial.

Em outras palavras, se de um lado tem-se alguns julgados, oriundos de *habeas corpus* ou recurso ordinário, que apontam para a concretização e afirmação de direitos fundamentais; por outro, encontram-se precedentes que vão no caminho diametralmente oposto, de restrição de tais direitos.

Daí a importância de se traçar critérios para que a ação constitucional de *habeas corpus* e, por consectário lógico, o recurso ordinário em *habeas corpus*, possa ser julgada pelo órgão máximo (ou de representação maior) da Corte Superior, com amplo contraditório e verticalizado debate sobre o tema para que, assim, possa formar precedente vinculante. Eis o tema nuclear do presente trabalho que será explorado na sequência.

---

<sup>213</sup>

Acórdão

disponível

em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HABEAS+CORPUS+598051&b=ACOR&p=false&l=10&i=71&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HABEAS+CORPUS+598051&b=ACOR&p=false&l=10&i=71&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em 10 nov. 2021.

### 3.4 O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS ORIUNDOS DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* E A FIXAÇÃO DE TESES PELAS CORTES SUPERIORES

Em interessante estudo voltado para os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos de *habeas corpus*, Carvalho Filho sustenta a tese da *abstrativização* do controle de constitucionalidade difuso realizado em contencioso constitucional pelo Suprema Corte, afirmando não mais existir razão, ao menos no que diz respeito aos efeitos, para se distinguir o controle incidental de constitucionalidade do controle realizado na forma direta (concentrada).<sup>214</sup>

No mesmo sentido, mas com olhar direcionado aos recursos extraordinários no processo civil, Cortes afirma que “o procedimento recursal tem ganhado, na atualidade, por força principalmente da jurisprudência dos Tribunais Superiores, características típicas de processo objetivo”.<sup>215</sup>

De fato, em que pese a clássica divisão de controle de constitucionalidade nas modalidades difusa e concentrada,<sup>216</sup> no direito brasileiro é “clara a aproximação entre ambas, por força, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.<sup>217</sup>

A abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade realizado em contencioso constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por conta dos mecanismos de repercussão geral, súmula vinculante, *habeas corpus* coletivo, parece ser o caminho inevitável do exercício jurisdicional da Corte Suprema, pois que a aproxima da finalidade almejada para uma Corte Constitucional.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamento de *habeas corpus*. In: NUNES, Mariana Madera; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 49-68.

<sup>215</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Recursos aos Tribunais Superiores no CPC*. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 21.

<sup>216</sup> Sobre controle de constitucionalidade adotado no Brasil, entre outros, vide: CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014; MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Série IDP - Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;

<sup>217</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Recursos aos tribunais superiores no CPC*. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 22.

<sup>218</sup> CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamento de *habeas corpus*. In: NUNES, Mariana Madera; PADRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 49-68.

Ao julgar a Reclamação nº 4.335, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema atinente aos efeitos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em contencioso incidental (demanda subjetiva), reconhecendo, de forma inédita, o cabimento da reclamação em virtude de súmula vinculante superveniente (súmula vinculante 26) à propositura da reclamação que, no fundo, dizia respeito à decisão do Plenário do STF no HC 82.959/SP<sup>219</sup> que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

No *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.461<sup>220</sup> também é possível constatar o alcance ampliado do habeas para quase todas as mulheres, mães lactantes ou com filhos menores de 12 (doze) anos, encarceradas no sistema penitenciário do país.

Acerca do tema das ações coletivas<sup>221</sup> e os efeitos gerais dela decorrentes, esclareceu o Min. Gilmar Mendes em seu substancial voto proferido na reclamação supracitada que “a aceitação de ações coletivas com instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo”.<sup>222</sup>

A ação coletiva, portanto, é o exemplo perfeito de que a divisão estanque sobre atribuição de efeitos em demandas de índole subjetiva (entre partes) e objetiva (erga omnes) não encontra amparo no direito pátrio<sup>223</sup>. Isso porque, “a coletivização dos efeitos das decisões judiciais responde às necessidades de demandas judiciais massificadas, conferindo segurança jurídica e isonomia aos posicionamentos firmados em diferentes casos”.<sup>224</sup>

<sup>219</sup> No referido *Habeas Corpus* o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prisional contida na Lei de Crimes Hediondos.

<sup>220</sup> O citado habeas corpus coletivo foi impetrado pela Defensoria Pública da União com escopo de assegurar à todas as mães, lactantes ou com filhos menores, recolhidas no sistema carcerário brasileiro, reconhecidamente em estado de coisa inconstitucional, o direito à prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, do Código de Processo Penal. O STF concedeu a ordem coletiva, excepcionando os casos das mulheres imputadas ou condenadas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes contra filho, e em situações excepcionalíssimas, as quais devem ser devidamente justificadas pelos juízes que indeferirem o pleito de prisão domiciliar.

<sup>221</sup> Sobre o habeas coletivo, veja-se: SOUZA FILHO, Ademar Borges. O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 137, 2017, p. 287-319; FERNANDES, Bruna Leles; ROCHA, Islane Archanjo. A (im)possibilidade do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Vertentes do Direito**, 2020; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi; MARCHT, Laura Mallmann. Vicissitudes e triunfos do *habeas corpus* coletivo 143.641/SP: protagonismos e ativismo judicial? **Revista Jurídica Cesumar**. Jan-abr 2019, v. 19, n 1, p. 197-224;

<sup>222</sup> STF. Reclamação 4.335. Pleno. D.J 20.03.2014

<sup>223</sup> FRANCO, Anderson Prezias; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes; GARCIA, Victor, O *habeas corpus* coletivo: uma mudança de paradigma nas decisões em controle difuso de constitucionalidade. **IDP - Law Review**, vol. I, n. 1, 2021, p. 285-302. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/issue/view/220/showToc>>. Acesso: 16 nov. 2021.

<sup>224</sup> FRANCO, Anderson Prezias; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes; GARCIA, Victor, O *habeas corpus* coletivo: uma mudança de paradigma nas decisões em controle difuso de constitucionalidade. **IDP - Law Review**, vol. I, n. 1, 2021, p. 285-302.

Ademais, como visto em capítulo anterior, as decisões proferidas pelas Cortes Superiores com escopo de dizer qual é a correta interpretação da constituição (STF), da legislação federal ou de tratado internacional (STJ), ou seja, que apontam com base em motivos determinantes (*ratio decidendi*) qual o sentido da norma constitucional ou infraconstitucional, devem ser respeitadas pelos demais órgãos jurisdicionais, independentemente do instrumento apreciado, sob pena de as funções das Cortes Superiores restarem comprometidas.<sup>225</sup>

Claro que, tratando-se de exercício jurisdicional das Cortes Superiores que tenha por finalidade a referida função nomofilática – de dizer qual o correto sentido da norma constitucional ou infraconstitucional -, cujo resultado espraia efeitos para toda a sociedade, há que se estabelecer critérios para o seu legítimo desempenho. Vale dizer, tal função, justamente por almejar força vinculante, com definição do sentido da norma que projetará consequências não somente para o conflito individual, mas para toda a sociedade, com potenciais efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, deverá ser realizada em rigoroso procedimento que denote sua dimensão democrática.

Com efeito, as regras previstas no Código de Processo Civil de 2015 e nos Regimentos Internos das Cortes Superiores, embora tratem do tema, não são suficientes a assegurar um procedimento adequado para nortear a função, em relação ao que aqui importa, do *habeas corpus* como formador de precedente vinculante<sup>226</sup>. Nota-se, nesse sentido, uma certa dificuldade de as Cortes Superiores vislumbrarem e acolherem a excepcional natureza abstrata nas ações de *habeas corpus* e/ou nos recursos ordinários, mesmo quando tal modalidade de ação (ou de recurso) é enviado para deliberação do colegiado maior da Corte Superior. Foi o que se observou na análise do RHC 101443, de Relatoria da Min. Laurita Vaz, submetido a julgamento para a 3ª Seção, no qual se tinha por objeto o tema referente à necessidade de o Juiz Criminal enfrentar na decisão de pronúncia, de forma motivada, a necessidade de decretação, manutenção ou revogação de medidas cautelares pessoais e que acabou não sendo apreciado por se entender prejudicado pela absolvição do acusado, na origem, pelo Tribunal do Júri. Ou seja, a despeito da afetação do tema com o escopo de se definir a interpretação e o sentido da norma prevista no artigo 413, do Código de Processo Penal que, portanto, independia do interesse particular do paciente, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o *habeas corpus* prejudicado e deixou de deliberar sobre o tema.

---

<sup>225</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 298-318.

<sup>226</sup> GALVAO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 212.

De forma diversa, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com exposto debate sobre a abstrativização do *habeas corpus* após sua submissão ao escrutínio do colegiado maior, no HC 127.900 o Pleno acabou apreciando e fixando tese sobre a aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela 11.719/08, no âmbito da justiça castrense e em demais procedimentos especiais, mesmo entendendo que a tese não se aplicaria ao caso concreto em razão do momento processual em que se encontrava – com instrução judicial encerrada.

Em outras palavras, embora, aparentemente, as Cortes Superiores reconheçam a relevância da função nomofilática por elas desempenhada, ainda que em sede de *habeas corpus* ou recurso ordinário, não há, por ora, uma sistematização procedimental que contemple todas as diretrizes próprias de procedimento destinado a formação de precedente vinculante, das quais o efeito *erga omnes* e a possibilidade de escrutinar o tema independentemente do interesse das partes é um dos pontos.

Assim, considerando ser possível, ainda que de forma excepcional, fixar-se precedente vinculante em sede de *habeas corpus* ou recurso ordinário, precipuamente quando deliberado pelo colegiado maior mediante contraditório ampliado, há que se reconhecer a abstrativização dos efeitos decorrentes da decisão, vez que é inerente ao precedente de eficácia obrigatória.

### 3.5 O *HABEAS CORPUS* JULGADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRITÉRIOS PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTE VINCULANTE

Como já visto, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 927, V, que “os juízes e os tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, permitindo, assim, que casos individuais resultem em precedente vinculante.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, prevê nos artigos 21, X, e 22, *caput* e parágrafo único, respectivamente, o poder do Relator de encaminhar o feito para julgamento em Plenário, de forma discricionária nos casos de *habeas corpus* ou de recurso em *habeas corpus*, e quando: (a) estiver diante de relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida; (b) houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas

em relação ao Plenário; (c) em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

Como explica Danyelle Galvão, “trata-se de deslocamento de competência de julgamento das Turmas para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, confirmando a função nomofilática do tribunal”.<sup>227</sup>

De forma um pouco distinta, mas com a mesma finalidade, o artigo 14 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a Turma pode afetar o tema para julgamento da 3ª Seção: “I – quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II – quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III – nos incidentes de assunção de competência”.

O deslocamento de competência para o órgão de maior representatividade da Corte Superior também encontra previsão no artigo 947 do Código de Processo Civil, que trata do Incidente de Assunção de Competência (IAC), instrumento de formação de precedente vinculante cabível nos casos que envolvem relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Há, no entanto, uma diferença fundamental entre o procedimento adotado em IAC e a remessa (discricionária) pelo Relator ou pela Turma ao órgão de maior hierarquia, prevista nos artigos 21, XI, e 22, do RISTF e no artigo 14 do RISTJ. Enquanto naquele instrumento (IAC) se exige que a afetação seja deliberada em acórdão, o que pressupõe motivação acerca da relevância do tema, nestes os respectivos regimentos internos silenciam sobre a necessidade de deliberação fundamentada para o referido deslocamento de competência.<sup>228</sup>

A ausência de previsão do dever de motivação e deliberação colegiada sobre a afetação da matéria ao julgamento pelo colegiado maior, do qual decorrerá precedente vinculante, torna o poder do Relator – no caso do STF – e da Turma – no caso do STJ – absolutamente discricionário e, por isso mesmo, incompatível com o Estado Constitucional de Direito, no qual inexistem (ou deveria inexistir) poderes ilimitados.

O tema foi alvo de discussão pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 143.333, em que se debateu a questão de ordem sobre a submissão da demanda ao julgamento pelo Plenário por indicação discricionária do Ministro relator e a possível ofensa às garantias

---

<sup>227</sup> GALVAO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p 213-214.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

do juiz natural e isonomia.<sup>229</sup> A conclusão, por maioria, foi pela possibilidade de o Min. Relator discricionariamente remeter o *habeas corpus* para a deliberação do Pleno, conforme permite o artigo 21, XI, do RISTF.

No âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça todos os casos examinados neste estudo foram remetidos para a 3ª Seção por determinação da Turma, mas sem qualquer decisão motivada. As razões da afetação, por vezes, constaram dos votos de alguns ministros e quase sempre diziam respeito à relevância da matéria e/ou à necessidade de evitar ou dirimir divergência entre as Turmas, porém, frise-se, tais razões somente apareceram depois da realização do julgamento pelo colegiado maior, dificultando sobremaneira o controle e a participação da sociedade na construção de sentido da norma penal e/ou processual penal objeto da demanda.

Evidentemente, esta possibilidade de deslocamento de competência por mera discricionariedade do Ministro Relator não se coaduna com o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República) e tampouco se conforma com um efetivo sistema de precedentes vinculantes, pois que ao não permitir o controle e a participação ampla da sociedade acerca da afetação e deliberação do tema pelo colegiado maior, retira a legitimidade democrática da decisão judicial que pretende definir o sentido da norma (constitucional ou infraconstitucional) com efeitos *erga omnes*.

O *habeas corpus*, frisa-se, caracteriza-se ordinariamente como demanda subjetiva que deve ser julgada pelo órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, com produção dos efeitos para as partes nela envolvidas. Sustentar a possibilidade de o *habeas* servir de instrumento formador de precedente vinculante não significa acabar “com a configuração tradicional da ação como mecanismo incidental de ataque colateral em casos concretos. Ou seja, ainda que se amplie o estabelecimento de teses abstratas e coletivas, os *habeas* individuais continuarão a ser julgados pelas Turmas, pelo Plenário e monocraticamente pelos Ministros e Ministras”<sup>230</sup> das Cortes Superiores.

Por outro lado, diante do que se constata na realidade forense do país, conforme acima demonstrado, parece ser importante para a racionalização do sistema de justiça criminal

---

<sup>229</sup> A Defesa subscritora da impetração, patrocinada pelo advogado paranaense, Alessandro Silvério, levantou questão de ordem sobre o tema da ofensa ao juiz natural e à igualdade, porquanto em todos os outros casos oriundos da denominada Operação Lava Jato, da 13ª Vara Federal de Curitiba, foram julgados pela 2ª Turma, inclusive, com a concessão da ordem no *habeas corpus* nº 137.728, em que a tese sustentada – ausência de contemporaneidade da custódia cautelar - era a mesma a da impetração.

<sup>230</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Habeas Corpus* como formador de precedentes penais no STF. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corporus-formador-precedentes-penais-stf>>. Acesso em: 16 out. 2021.

permitir que em alguns casos o habeas (ou o recurso ordinário) figure, sim, como verdadeira ferramenta de formação de precedente vinculante, almejando desse modo maior previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico em matéria penal e processual penal, e, principalmente segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados.

Dá a importância de se estabelecer não só o dever de motivação e forma colegiada de deliberação acerca da afetação do caso ao julgamento do órgão de maior representatividade da Corte Superior, mas também a publicidade, com a efetiva possibilidade de participação de terceiros interessados, com contraditório ampliado, a fim de se conferir legitimidade ao precedente vinculante.

### **3.5.1 A relevância do tema levantado em *habeas corpus* a ser submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, à 3ª Seção ou Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça**

Como visto acima, o RISTF, ao tratar da remessa do caso individual para julgamento pelo colegiado maior, não estabelece um filtro temático, permitindo até mesmo o discricionário encaminhamento por determinação do Ministro relator.<sup>231</sup>

O RISTJ não é muito diferente, pois que permite a afetação pela Turma para a Seção diante da proposição, por parte do relator, de revisão de jurisprudência assentada em súmula, quando convier pronúncia da Seção em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção e nos incidentes de assunção de competência, nada discorrendo sobre a necessidade de decisão específica e fundamentada para tal fim.<sup>232</sup>

Tendo em vista a possível força vinculante da decisão proferida pelo colegiado de maior hierarquia do Tribunal Superior, com efeitos que atingirão terceiros não envolvidos na demanda subjetiva, importante estabelecer limitação temática para o referido procedimento. Vale dizer,

---

<sup>231</sup> Art. 21. São atribuições do Relator: XI – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário. Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário

<sup>232</sup> Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de assunção de competência

nem tudo que venha a ser deduzido em sede de *habeas corpus* deverá ser levado à deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Tal qual se exige a repercussão geral<sup>233</sup> para o exame do recurso extraordinário, para racionalização do sistema de precedentes que aqui se defende, impõe-se pensar num mecanismo em que se possa aferir a relevância jurídico-penal do tema, a ser examinada pelo prisma da concretização de direitos fundamentais quase sempre em jogo na seara penal.

Nesse sentido, a relevância do tema apta a permitir o julgamento do *habeas corpus* pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça deve ser analisada a partir da importância que a tese representa para unificação da interpretação das normas penais e processuais penais, bem como do seu impacto no sistema de justiça criminal, que deve transcender os interesses individuais do paciente do *writ*.

O tema, portanto, deve ser analisado a partir do binômio relevância- transcendência<sup>234</sup>, no sentido de que a matéria deverá impactar qualitativamente na interpretação da norma de direito penal e processual penal e/ou quantitativamente para um elevado número de jurisdicionados. A relevância da questão, dito de outra forma, “concretiza-se na medida em que se percebe que a sua resolução é indispensável para iluminar a sociedade e guiar a solução de casos que ainda estão por vir, evitando-se a negação da igualdade, da coerência do direito e da segurança jurídica”.<sup>235</sup>

No entanto, ao se adotar a relevância do tema para o fim de submissão do caso ao julgamento pelo colegiado maior, há que se deixar registrado a necessária crítica ao tema 660 do Supremo Tribunal Federal, decorrente do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 748.371, no qual se assentou não existir repercussão geral em sede de “violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada”.

O citado tema, em absoluto, não pode ser levado em consideração na esfera criminal, quer seja para os *habeas corpus* que venham a ser submetidos ao escrutínio do colegiado maior, quer seja nos recursos extraordinários criminais. Isto porque, o julgado que lhe deu origem diz respeito à matéria de natureza cível, mais especificamente “cerceamento de direito de defesa

---

<sup>233</sup> Sobre repercussão geral, ver: ROCHA JR, Francisco Assis Monteiro. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais**. 3ª ed. Florianópolis: E-mais, 2020; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores**. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017; FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

(...) decorrente da ausência de intimação para que se manifestasse acerca da apuração de cálculo referente à apuração da mora”, razão que, per si, deveria ser suficiente para afastar sua aplicação no âmbito processual penal, pois as normas de natureza penal e/ou processual penal tratam direta ou indiretamente do bem-jurídico liberdade, ao passo que, quase sempre, as normas de natureza civil ou processual civil tratam de bens patrimoniais, o que, per si, já indica a necessidade de um olhar distinto para os referidos ramos do Direito.

Com efeito, não é sem razão que a doutrina processual penal, inspirada em conhecida passagem de Winfried Hassemer, ressalta que “o direito processual penal é o Direito Constitucional aplicado”.<sup>236</sup> Para perceber isso basta a leitura do pródigo rol de garantias processuais positivadas no artigo 5º, da Constituição da República de 1988. A análise, portanto, da ofensa aos princípios da ampla defesa, devido processo legal, contraditório, coisa julgada, quando por objeto se tem matéria penal e/ou processual penal deve ganhar regular seguimento e escrutínio das Cortes de Sobreposição

Visto por outro prisma, a imperar tal tema no processo penal, inviabilizar-se-á a discussão de temas relevantes para direito processual penal que atinam ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal e, nessa ótica, estaria de fora a análise, exemplificativamente, da ordem de apresentação das alegações finais nos casos em que há pluralidades de réus, com defesas de resistência (não colaboradores) e colaborativas,<sup>237</sup> cujo debate no Supremo Tribunal Federal fora levantado inicialmente por meio do *habeas corpus* nº 152.676, decidido pela 2ª Turma, e posteriormente submetido ao Plenário no *habeas corpus* nº 166.373<sup>238</sup>, por indicação do relator, Ministro Edson Fachin.

---

<sup>236</sup> Para Hassemer, o Direito processual penal “proporciona como regra ao processo penal, o modo como um caso deve ser produzido e quando ele pode ser considerado validamente produzido. Nesta descrição se determina o Direito Processual Penal como senhor do processo penal e como servidor do direito penal material. O papel de senhor em nossa cultura jurídica é evidente; nele se realiza o princípio de que o Processo Penal é juridicamente ordenado e sob formas jurídicas e deve ser controlado pelo Direito. Por isso tem se designado oportunamente o Direito Processual Penal como “Direito Constitucional aplicado” (HASSEMER, WINFRIED. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2005, p. 172).

<sup>237</sup> Sobre justiça negociada e colaboração premiada, ver: CALLEGARI, André Luis; Linhares, Raul Marques, **Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2020; VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; PEREIRA, Gustavo Alberine; ALMEIDA, Rosimar. Colaboração premiada: entre espaços de oportunidade, juízos de conveniência e a legalidade – o direito de colaborar. In: GIACOMOLLI, Nereu José, et al (org). **Processo Penal contemporâneo em debate**. v. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 87-97; ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: Emodara, 2018; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v. 3, n. 1, p. 133-166. Jan/abr. 2017; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração Premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>238</sup> O Plenário do STF, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional

Ademais, outra questão a ser debatida neste ponto diz respeito ao procedimento para deliberação sobre a relevância jurídico-penal do tema a reclamar o pronunciamento do órgão maior da Corte Superior.

A princípio, o procedimento atualmente adotado para análise da repercussão geral, definido nos artigos 332 e seguintes do RISTF parece ser suficiente e adequado para o que se propõe, ao menos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, as atuais disposições do referido diploma normativo estabelecem a atribuição do Ministro Relator de submeter a manifestação para o reconhecimento da repercussão geral, em plenário virtual<sup>239</sup>, que deverá contar, para sua admissibilidade, com a maioria absoluta dos ministros. Trata-se, portanto, nos casos de *habeas corpus* julgados pelo Supremo Tribunal Federal, de procedimento que se pretenda a formação de precedente vinculante, de utilizar o mesmo mecanismo utilizado para aferir a repercussão geral em recurso extraordinário.

Por outro lado, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, no qual não há procedimento de plenário virtual para análise da relevância da questão federal, a praxe já desempenhada internamente pela Corte Superior, conforme se pode verificar dos casos analisados a partir do tópico 2.2, aponta para uma simples solução do problema. Isto porque, como visto, embora inexista decisão específica e fundamentada, todos os casos contaram com a deliberação da turma sobre a afetação, mediante justificativas que posteriormente foram lançadas nos votos dos Ministros no julgamento de mérito do *habeas corpus* ou do recurso ordinário. Ou seja, a fim de tornar o procedimento mais consentâneo com um procedimento destinado à formação de precedente obrigatório, basta se exigir que a deliberação da Turma, sobre a relevância da questão federal, a ser dada por maioria, seja consignada em decisão, com os motivos apresentados para a afetação, e posterior publicização, a fim de dar amplo conhecimento à sociedade de que o tema será decidido pelo colegiado maior.

Com efeito, a exigência de deliberação sobre a *afetação* do tema jurídico-penal deduzido em *habeas corpus*, faz-se necessária para conter eventuais arroubos discricionários, bem como para evitar uma excessiva e desnecessária submissão de *habeas corpus* para julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça, o que certamente agravaria o já preocupante quadro de funcionamento das Cortes Superiores.

---

sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado. O julgamento foi suspenso para fixação da tese, não tendo até o momento sido disponibilizado o acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

<sup>239</sup> Sobre a análise crítica acerca do Plenário Virtude, ver: PASSOS, Hugo Assis.; SANTOS, Cleopas Izaías; OLIVEIRA, João Rafael. (2021). A Ampliação da Competência Do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo Covid-19. *IDP Law Review*, v. 1, n. 1, 258–284.

Como já externado, o *habeas corpus* é, em essência, uma ação constitucional de índole subjetiva, individual, voltada à tutela a liberdade de locomoção indevidamente restringida ou ameaçada de restrição. Sua função primeira não é de servir de instrumento formador de precedente vinculante, no entanto, justamente em razão da sua abrangência pode ser útil à tal finalidade quando nele houver tema relevante do ponto de vista jurídico-penal com impacto para todo o sistema de justiça criminal. Neste caso é que deverá o Ministro relator, no caso do Supremo Tribunal Federal, motivadamente proferir decisão de afetação do *writ* com respectiva submissão ao colegiado maior para que, primeiro, decida sobre a afetação. Sendo acolhida a afetação, o caso será encaminhado para julgamento pelo colegiado maior com ampla divulgação nos canais oficiais da Corte Superior.

Com tal procedimento, evitar-se-á, por exemplo, o que ocorreu com os *Habeas Corpus* n. 143.333 e 152.752, julgados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em afetação determinada pelo Min. Fachin, na qualidade de relator, em que houve sérias críticas acerca da discricionariedade do deslocamento de competência para o colegiado maior, algumas fundadas na desconfiança de suposta previsibilidade de derrota do voto proposto pelo relator perante a 2ª Turma, originariamente competente para julgar tais *writs*, o que, portanto, além de não guardar nenhuma pertinência acerca da relevância da matéria, macularia o ideal de igualdade buscado num verdadeiro sistema de precedentes.

Por fim, mas não menos importante, seria bem interessante se já na decisão de afetação que trata da relevância jurídico-penal do tema houvesse a fixação das questões jurídicas que serão debatidas pelo colegiado maior, tal como recentemente procedeu o Min. Gilmar Mendes ao afetar o HC 185.913<sup>240</sup> para o Plenário, cujo objeto é a retroatividade do acordo de não persecução penal. Tal exigência, além de tornar o procedimento da afetação mais transparente, facilitaria a deliberação da turma sobre o deslocamento da competência para o colegiado maior, bem como direcionaria o debate para eventual fixação de tese sobre o tema.

---

<sup>240</sup> Em decisão monocrática de afetação do citado *habeas corpus* para o Plenário, o Min. Gilmar Mendes delimitou as seguintes questões-problemas a serem debatidas pelo colegiado maior: “a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?”.

### 3.5.2 A necessidade de motivação e publicidade da decisão de afetação do *habeas corpus* para julgamento perante o órgão colegiado de maior hierarquia da Corte Superior

Como se sabe, é por meio da exigência constitucional de motivação de toda e qualquer decisão judicial (artigo 93, IX, CR/88) que se possibilita o controle racional do saber-poder jurisdicional.<sup>241</sup> Na dogmática processual penal, o tema gira em torno da clássica distinção da natureza jurídica dos atos jurisdicionais em mero despacho, que independem de motivação, e, decisão, sobre a qual recai o dever de fundamentação.<sup>242</sup>

A afetação do *habeas corpus* para julgamento pelo colegiado representativo da Corte Superior, do qual decorrerá precedente vinculante, não pode ser encarado como mero despacho, porquanto não se trata de simples andamento da marcha processual, mas de seleção de tema relevante para deliberação do órgão máximo da Corte, com vistas a formar precedente vinculante e, assim, projetar efeitos *erga omnes* para o passado e futuro no que toca ao tema decidido.<sup>243</sup>

Nesse sentido, a título de *lege ferenda*, impõe-se uma alteração nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que passem a expressamente exigir o dever de motivação da decisão de afetação do *writ* ao julgamento do colegiado representativo das Cortes Superiores (STF e STJ), o que por ora inexistente.

Veja-se, o ato jurisdicional de afetação de uma demanda originariamente subjetiva para julgamento pelo órgão colegiado maior, com pretensões de debater tema relevante para o fim de formação de precedente vinculante, inegavelmente tem natureza jurídica de decisão e, portanto, deve ser devidamente motivado, nos termos do que preconiza o artigo 93, IX, da Constituição da República.

Aliás, é somente pela motivação que poderão os envolvidos na demanda exercer controle sobre referido ato (poder) jurisdicional para, eventualmente, impugná-lo. Com efeito, a livre discricionariedade do ministro relator em submeter a demanda ao colégio ampliado não subsiste frente à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais. Em outras palavras, a exigência de fundamentação da decisão de afetação é necessária para se afastar o

---

<sup>241</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 387.

<sup>242</sup> Sobre o tema, entre outros, veja-se: GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305; NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 935; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 394; NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 215.

<sup>243</sup> GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 212-324.

despotismo penal,<sup>244</sup> consistente no indesejável decisionismo judicial, mormente porque pode a submissão do *writ* ao colegiado maior ser fruto de manobra indevida para o deslocamento de competência para julgamento da demanda.

Ademais, a decisão motivada de afetação do *writ* deve ser submetida ao juízo de admissibilidade pelo colegiado maior (Plenário/Corte Especial ou 3ª Seção do STJ) que, por sua vez, poderá rejeitá-la, desde que pela maioria absoluta dos seus membros, tal como ocorre com a repercussão geral.

Devidamente admitida a afetação, o *writ* deverá ser julgado pelo colegiado maior em procedimento que permita a intervenção de *amici curiae*, a fim de se conferir legitimidade democrática para o precedente vinculante que decorrerá de seu julgamento. Para isso, a ampla publicidade da decisão de afetação é mecanismo imprescindível, pois somente por meio de tal mecanismo é que se possibilitará às entidades da sociedade civil tomarem conhecimento de que o tema será definido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, a publicidade dos atos jurisdicionais, ao lado das garantias processuais do contraditório, ampla defesa, motivação, presunção de inocência etc., constitui não só um direito subjetivo da parte, mas “como garantia do correto exercício da função jurisdicional. (...) representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa”<sup>245</sup>.

Se numa demanda processual tipicamente subjetiva a publicidade é a regra, por força do que dispõe o artigo 5º, LX<sup>246</sup>, da Constituição da República, com maior razão deve se exigir a publicidade do ato processual de afetação do procedimento ao julgamento do colegiado maior, cujo resultado, ordinariamente, emanará efeitos para todos os jurisdicionados, podendo atingir casos pretéritos e futuros.

Conforme apontado por Danyelle Galvão, tratando-se de procedimentos tendentes à formação de precedente vinculante (IRDR, IAC, afetação ao plenário) “os tribunais devem divulgar de maneira mais ampla possível”,<sup>247</sup> a fim de se possibilitar a participação de terceiros interessados que possam contribuir com o tema em debate e, assim, conferir maior legitimidade na aplicação do precedente.

---

<sup>244</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48.

<sup>245</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

<sup>246</sup> Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>247</sup> GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 131.

Não obstante, inexistente previsão legal ou regimental, no âmbito dos Tribunais Superiores, que trate da publicidade da afetação e possibilidade de ingresso de *amici curiae* nos *habeas corpus* que, por apontamento do relator ou da Turma, são levados ao julgamento pelo Plenário ou pela 3ª Seção da Corte Superior.

A ausência de qualquer regulamentação sobre tal procedimento, como cediço, é espaço fértil para o decisionismo judicial, do qual se tem por exemplo recente o procedimento adotado no RHC nº 163.334/STF, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, em que o Plenário deliberou sobre a tipicidade penal da conduta de não recolhimento do ICMS, e, no qual o Ministro relator reconheceu a possibilidade de intervenção de terceiros (*amici curiae*), e até designou audiência pública com os interessados, no entanto, sob a justificativa de evitar transtorno processual, inicialmente restringiu o ingresso de apenas um único Estado da Federação e de uma entidade privada (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP).<sup>248</sup>

No mesmo sentido, não parece ser por acaso a baixa participação de terceiros interessados nos *habeas corpus* e recursos ordinários julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no período examinado no capítulo 2 deste trabalho, no qual dos 13 (treze) casos, apenas 1 (um) contou com a participação de *amici curiae*. O que se observou é que a afetação, em tais casos, ocorreu por deliberação do órgão fracionário (5ª ou 6ª Turma), porém sem qualquer decisão motivada e sem qualquer publicização, havendo apenas o lançamento na movimentação processual, em certidão de julgamento, de que a Turma, por unanimidade ou maioria, decidiu por afetar o feito para julgamento ao colegiado maior.

Deste modo, pode-se dizer que a inexistência de ampla divulgação da afetação do tema resultou na ausência quase absoluta de terceiros interessados na participação de tais casos, o que, além de arranhar a legitimidade democrática da decisão, cujos efeitos se pretende projetar para toda a sociedade, retira a possibilidade da Corte de ampliar os horizontes sobre o tema objeto do debate e, assim, decidir, em tese, com maior qualidade.

Assim, para o que aqui se defende, a formação do precedente vinculante oriundo do julgamento de *habeas corpus* ou de recurso ordinário dependerá não só da motivação do deslocamento da competência para julgamento pelo órgão maior, mas principalmente da plena divulgação de que o tema será debatido em procedimento que projetará consequências jurídicas

---

<sup>248</sup> Em decisão posterior, datada de fevereiro de 2019, o Min. Relator reconsiderou a decisão de indeferimento dos pedidos de ingresso no feito, e admitiu, na qualidade de *amici curiae*, o ingresso do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e Serviço Móvel Celular e Pessoal (Sinditelesbrasil), da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomércio-SP) e da Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG). Informação disponível em consulta processual no sítio eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>. Acesso em: 25 nov. 2021.

para toda a sociedade, no qual a afetação já deve conter a definição das questões-problemas a serem submetidas ao escrutínio do colegiado maior e a proposta de tese a ser fixada por ocasião do julgamento, conforme acima mencionado.

### **3.5.3 A ampliação do contraditório, por meio de *amici curiae*, como critério imprescindível para a formação do precedente vinculante em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus***

Como visto no capítulo 2, já existe uma prática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na direção de fixação de orientação da Corte, em matéria penal e processual penal, por meio da afetação de *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* para o escrutínio do colegiado maior – Pleno do STF e 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Do que se observou nos 25 (vinte e cinco) casos – 13 do Superior Tribunal de Justiça e 12 do Supremo Tribunal Federal – é que o procedimento fora adotado com vistas a evitar ou dirimir divergências entre os órgãos fracionários, bem como colher do órgão representativo do Tribunal Superior o entendimento sobre questão relevante de natureza penal e processual penal. Essa *práxis*, ao que se constatou, ainda que realizada no âmbito da ação constitucional de *habeas corpus* e de recurso ordinário, vai ao encontro da função nomofilática constitucionalmente atribuída às referidas Cortes, especialmente a estabelecida nos artigos da Carta Magna que tratam dos recursos extraordinários<sup>249</sup>.

Diante desta constatação há possíveis dois caminhos a ser trilhado: (i) criticar a submissão de demanda subjetiva para análise do colegiado maior da Corte Superior e vislumbrar em tais casos a formação de precedente de mera natureza persuasória, acerca do qual pode ocorrer a não aplicação com ônus argumentativo de baixa densidade, ou, (ii) enxergar em tal prática uma possibilidade de racionalização do sistema de justiça criminal, com definição da compreensão hermenêutica de regras penais e processuais penais com força vinculante para todos os sujeitos e atores da justiça criminal.

Este segundo caminho, num contexto de volumoso trabalho por parte das Cortes Superiores e das dificuldades inerentes à administração da justiça num país de tamanho

---

<sup>249</sup> Conforme já apontado no item 1.5 do trabalho, é partir da função nomofilática das Cortes Superiores que, por exemplo, Marinoni e Mitidiero entendem que STJ e STF são Cortes Supremas e seus precedentes são de natureza vinculante.

continental, com 27 Tribunais Estaduais e 5 Tribunais Regionais Federais, com todos os órgãos judiciais de primeiro grau a eles vinculados, somado às questões atinentes à crise de legalidade exploradas no capítulo 1, parece ser o adequado do ponto de vista de um processo penal pautado na equidade de tratamento dos jurisdicionados<sup>250</sup> e na segurança jurídica dos cidadãos que, nas situações de vagueza semântica ou imprecisão legislativa, pautarão suas condutas a partir da definida pelas Cortes de Sobreposição.

Todavia, inerente ao desempenho da função de definir o sentido da norma está o dever de o Tribunal possibilitar a ampla participação da sociedade civil nos processos (constitucionais) destinados a referido mister.<sup>251</sup> Como aponta Härbelle, em raciocínio que pensado para a Suprema Corte também parece ser válido para o Superior Tribunal de Justiça, numa sociedade aberta e plural, em que a Corte Suprema possui a missão de interpretar a Constituição, “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do caso concreto<sup>252</sup>”. Isso significa que o exercício desta missão por parte do Supremo Tribunal Federal, no que tange à norma constitucional e respectiva filtragem constitucional da legislação infraconstitucional, e do Superior Tribunal de Justiça naquilo que diz respeito à formação de precedente vinculante sobre norma federal, deve contar com a possibilidade de participação de entidades da sociedade civil que tenham interesse na matéria debatida e possam contribuir com o debate.

No mesmo sentido, mas por linha argumentativa distinta, Alexandre Freitas Câmara ao tratar da formação de precedentes de eficácia obrigatória, afirma ser indispensável a ampliação do contraditório em tais processos, que deve ser encarado não mais pela clássica lição que o conceitua como direito de informação e reação da parte diretamente envolvida na demanda,

---

<sup>250</sup> Sobre o precedente judicial na dimensão da igualdade, Fabiano Pimentel resume muito bem a importância do tratamento isonômico que deve ser o fim almejado pela jurisdição, pois toda a construção teórica e normativa de controle da função jurisdicional – devido processo legal, imparcialidade, dever de motivação, publicidade dos atos, etc – “sucumbe caso se admita, como algo natural e ineliminável do sistema a possibilidade de que casos semelhantes recebam tratamentos díspares” (PIMENTEL, Fabiano. **O overruling como fundamento para a revisão criminal**. Belo Horizonte: D’Placido, 2015, p. 120).

<sup>251</sup> GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 127.

<sup>252</sup> Importante a ressalva de Härbelle sobre a premissa do pensamento desenvolvido no texto, segundo a qual “a democracia do cidadão está muito próximo da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais, e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o povo”, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberdade de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre eles emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. Teoria da Democracia e Teoria da Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato* (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. **Revista DPU**, n. 60, nov-dez/2014, assunto especial, textos clássicos, p. 41-42).

mas como contraditório qualificado, “exigindo-se a abertura de um espaço para participação dialogal de todos os interessados, pessoalmente ou de quem os represente, além de especialista na matéria”.<sup>253</sup>

No âmbito do direito penal e processual penal brasileiro a abertura ao contraditório qualificado nestes processos, ainda que em *habeas corpus* ou recurso ordinário, tendente à fixação de precedente vinculante, pode encontrar efetiva participação da sociedade civil, pois não são poucas as instituições existentes no país, com projeção nacional, que se dedicam ao estudo e/ou vivenciam as agruras do sistema criminal brasileiro e que certamente podem contribuir com os debates de temas relevantes para toda a sociedade, tais como Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP, Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico - IBDPE, Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDD, Associação Brasileira dos Advogados Criminais - ABACRIM, Associação Nacional dos Advogados Criminais - ANACRIM, Projeto Inocência, Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS, etc.

Ocorre que, se por um lado a realidade observada pelos casos analisados no capítulo 2 apontam para a busca, por parte dos Tribunais Superiores, de racionalização do sistema criminal por decisões paradigmas proferidas no âmbito do colegiado maior representativo do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, o mesmo não pode ser dito em relação à possibilidade de ampla participação da sociedade civil, destacando-se, nesse ponto, a baixíssima (quase nula) participação nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. O problema, para além da ausência de publicidade das demandas afetadas para tal fim, como alhures visto, também encontra (falsa) justificativa na inexistência de previsão legal e/ou regimental que permita a presença de *amici curiae* em sede de *habeas corpus*, como, aliás, consignou o Min. Joel Ilan Paciornik ao indeferir o pedido de habilitação de *amici curiae* no RHC 101299 (recurso analisado no item 2.2.10 do presente estudo).<sup>254</sup>

Com efeito, malgrado inexista previsão expressa, em termos gerais o artigo 138 e 927, §2º, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal, nos termos dos

---

<sup>253</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 35.

<sup>254</sup> Sobre a inadmissibilidade do *amicus curiae* em *habeas corpus*, veja-se o seguinte julgado do STJ: 1. "Este Superior Tribunal e a Suprema Corte possuem jurisprudência pacífica quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros no *habeas corpus*, seja na condição de *amicus curiae* ou como assistente de acusação, por se tratar de ação constitucional que objetiva garantir a liberdade de locomoção dos pacientes" (HC 411.123/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe de 22/06/2018).

artigos 3º<sup>255</sup> e 638, do Código de Processo Penal, dispõe, respectivamente, que “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”, e, que “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

De mais a mais, como explica Danyelle Galvão a figura do *amicus curiae* deve caber em qualquer procedimento, pois a sua “intervenção é associada ao princípio do contraditório, visto como expressão jurídica de exigência política de participação a legitimar o poder, devendo ser aplicável, até mesmo aos mandados de segurança<sup>256</sup>”, conforme, inclusive, recomenda o enunciado nº 294<sup>257</sup> do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Por outro lado, relevante notar que a participação de *amici curiae* em sede de habeas corpus ou recurso ordinário no âmbito nas Cortes Superiores, embora não seja comum, já ocorreu em alguns casos, dos quais, em relação aos casos analisados no capítulo 2, são exemplos: HC 154.248, STF, Relatoria do Min. Fachin, no qual se debateu a natureza jurídica do crime de injúria racial; RHC 163.334, STF, de Relatoria do Min. Barroso, no qual se tinha por objeto a incidência do crime tributário de apropriação indébita de ICMS; RHC 131.263, STJ, Relatoria do Min. Sebastião Reis, no qual se definiu a importante interpretação sobre a vedação da prisão preventiva *ex officio*.

Fora do contexto dos casos analisados no presente trabalho, recentemente o Min. Rogério Schietti admitiu a participação do Projeto Inocência e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa no HC 598.886, julgado pela 6ª Turma e no qual se definiu novo e paradigmático entendimento da Corte Superior acerca do procedimento de reconhecimento de pessoas. Aliás, está aí um exemplo de caso que devia ter sido julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de

---

<sup>255</sup> Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

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

<sup>256</sup> GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 224.

<sup>257</sup> Enunciado 294 do FPPC: a intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança.

Justiça, com ampla divulgação e em contraditório ampliado, a fim de seu precedente ganhar a natureza vinculante.<sup>258</sup>

Veja-se, não se exige a participação efetiva das entidades e órgãos interessados na causa para que se confira legitimidade ao precedente vinculante, mas sim a concreta possibilidade de participação.<sup>259</sup> Daí a necessidade de se dar publicidade à afetação, mediante divulgação no site oficial das Cortes Superiores, com prazo determinado para que os interessados no resultado do debate jurídico solicitem o ingresso no processo.

A figura do *amicus curiae*, a despeito de ter maior importância nas discussões travadas no Supremo Tribunal Federal, mormente em controle concentrado, em razão da amplitude das normas constitucionais, da complexidade dos casos e da disputa entre os valores inerentes aos casos em que se busca a definição do sentido da norma de direito fundamental, também deve estar se fazer presente, ou pelo menos ter a condição de intervir nos casos em que há relevante debate sobre a atribuição de sentido da norma federal.<sup>260</sup>

Isto porque, como cediço, a presença do *amicus curiae* tem por finalidade, antes de tudo, auxiliar a Corte Superior “na sua função de desenvolvimento do direito mediante a elaboração de precedentes”,<sup>261</sup> expandido os horizontes argumentativos para além do debate travado entre as partes, com análises, inclusive, sobre os potenciais efeitos sociais do precedente a ser fixado.<sup>262</sup>

Não significa, obviamente, que a posição do *amicus curiae* perante a Corte Superior deve ser tida como desinteressada, neutra e apenas com o fim de contribuir com questões técnicas. Pelo contrário, partindo da premissa da sociedade aberta e plural, em que há interesses contrastantes sobre a definição de sentido da norma penal e/ou processual penal, a intervenção de terceiros no processo do qual não faz parte, mas em que lhe é permitido intervir em razão da relevância da matéria e da transcendência dos efeitos da decisão, justifica-se também para a defesa dos grupos por ele representados que possam ser, direta ou indiretamente, afetados pela

---

<sup>258</sup> Em recente entrevista ao Conjur, o Min. Schiatti mencionou a enxurrada de *habeas corpus* que chegaram e ainda chegam ao Tribunal para discussão da matéria. Talvez, numa sistemática de formação de precedente vinculante, com ampla divulgação e debate sobre a matéria, a decisão tivesse maior aderência por parte dos Tribunais e juízes hierarquicamente inferiores, com possível redução do número de demandas perante o Superior Tribunal de Justiça. Entrevista disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-08/entrevista-rogerio-schiatti-cruz-ministro-stj>>. Acesso em 09 mai. 2022.

<sup>259</sup> GALVAO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p.226.

<sup>260</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes**. Compreensão do sistema processual da corte suprema. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.222

<sup>261</sup> *Idem*, p. 226.

<sup>262</sup> Rememore-se, nesse sentido, as intervenções das Defensorias Públicas nas ADCs 43 e 44, nas quais se debateu a constitucionalidade da execução provisória da pena, em que trouxeram o impacto da decisão proferida no HC 126.292 no sistema carcerário brasileiro.

decisão a ser proferida.<sup>263</sup> Aliás, interessante pesquisa feita por Damares Medina demonstrou a importância da intervenção do *amicus curiae*, com comprovação empírica de que o ingresso do amigo da corte no STF aumentou as chances de êxito do lado por ele apoiado.<sup>264</sup>

Com efeito, não faz parte da análise deste estudo todas as nuances e críticas que podem ser direcionadas à figura do *amicus curiae*, senão que o vislumbrando como partícipe necessário nos casos destinados à definição de sentido da norma penal e ou processual pela Corte Superior, exigir a sua real possibilidade de participação nos *habeas corpus* (e recursos ordinários em *habeas corpus*) submetidos à julgamento perante a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ou do Pleno do Supremo Tribunal Federal como critério indispensável do procedimento voltado à formação do precedente vinculante, o que, entretanto, não se verificou na realidade apresentada pelos casos examinados no capítulo 2 deste trabalho.

### **3.5.4 Possíveis consequências da adoção da tese de formação de precedente vinculante por meio de *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus*: (a) possibilidade de suspensão de eventuais processos a serem atingidos pelo precedente e (b) cabimento da reclamação como mecanismo de tutela da eficácia do precedente vinculante oriundo da Corte Superior**

O estudo aqui desenvolvido tem nítida preocupação com o funcionamento do sistema de justiça criminal do país, mormente a partir das diretrizes normativas emanadas das Cortes Superiores. Dito de outro modo, o pensamento que permeou todo o desenvolvimento da tese está pautado na busca de uma justiça criminal cujo arbitramento de responsabilidades penais se dê de forma equânime, garantindo-se o mesmo tratamento aos jurisdicionados que estejam em situação fática-jurídica semelhante, e com a previsibilidade ínsita à segurança jurídica.

Nesta perspectiva, refletir sobre as consequências em se adotar o *habeas corpus* como instrumento de formação de precedente vinculante é um passo necessário. Vale dizer,

<sup>263</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a plurização do debate.** Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 131-132.

<sup>264</sup> Segundo Damares Medina a relevância da participação de terceiros interessados para o debate e a definição do tribunal sobre o tema debatido pode ser observada, inclusive, no paradigmático caso da proibição do emprego do amianto (ADI 3356), em que a decisão acabou sendo desfavorável aos interesses economicamente mais poderosos e no qual atuou como amicus a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte? O amicus curiae no STF.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília 2012, p. 135-145.

considerando a adoção, por parte do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, das sugestões acima indicadas – afetação motivada, deliberação pelo órgão de maior hierarquia, publicidade e contraditório ampliado – com a formação, ainda que excepcional, de precedente vinculante decorrente do julgamento de *habeas corpus*, impõe-se as seguintes indagações: (a) Qual a consequência da afetação do *habeas corpus* para julgamento de questão jurídico-penal relevante em relação aos eventuais processos que tenham o mesmo objeto? (b) Depois de firmado o precedente vinculante, o que fazer em relação à eventual desobediência por parte dos Tribunais inferiores? (c) O precedente vinculante que definir sentido à norma penal ou processual penal contrária ao réu pode ter aplicação retroativa?

Em relação à última indagação, adota-se aqui o posicionamento já exaustivamente trabalhado no campo acadêmico, malgrado com pouco reflexo na *praxes* forense, segundo o qual a norma definida judicialmente deve receber o mesmo tratamento, no que diz respeito à sua aplicação no tempo, conferido à lei.<sup>265</sup> Ora, se se entende possível, ainda que de modo muito excepcional, a atribuição de sentido normativo à lei penal e/ou processual penal por meio do precedente judicial, inexistente razão para não se reconhecer que também este (o precedente) submete-se aos subprincípios da irretroatividade da norma penal mais gravosa e, conseqüente, ultratividade da norma penal *in melius*, devendo se admitir, inclusive, a revisão criminal nos casos de *overruling*, como bem analisou Fabiano Pimentel em sua tese de doutoramento<sup>266</sup>. Este tema, portanto, não será objeto de análise no presente trabalho, o qual enfrentará neste tópico as indagações contidas nos itens (a) – suspensão do processo com similitude fática e jurídica ao caso afetado para formação de precedente vinculante - e (b) cabimento da reclamação para tutela da eficácia.

(a) possibilidade de suspensão de eventuais processos a ser atingido pelo precedente vinculante

Ao tratar do tema da suspensão do processo na esfera dos precedentes, o Código de Processo Civil estabeleceu nos artigos 313, IV<sup>267</sup>, 980<sup>268</sup>, a suspensão dos processos em razão

<sup>265</sup> Sobre o tema, ver: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008; GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022; KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>266</sup> PIMENTEL, Fabiano. **O overruling como fundamento para a revisão criminal**. Belo Horizonte: D'Placido, 2015, p. 247.

<sup>267</sup> Art. 313. Suspende-se o processo: IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;

<sup>268</sup> 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

da afetação da matéria para deliberação em incidente de resolução de demanda repetitiva – IRDR, assentando de forma expressa no §3º, do artigo 982 que “visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”. De igual modo, o artigo 1.029, §4º, e o artigo 1.037, do CPC limitam a possibilidade de suspensão nacional dos processos aos casos de recursos extraordinário e recurso especial inseridos no contexto do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDC.

A suspensão do processo nos incidentes de resolução de demandas repetitivas se justifica, segundo Fabio Monnerat, por várias vantagens práticas: “a) evita a prática de atos decisórios até o julgamento do incidente; b) promove uma resposta uniforme após o julgamento do incidente; c) proporciona uma maior uniformidade, integridade e coerência no trato do tema; d) evita eventuais ações de repetição de indébito de valores pagos a título de diferença eventualmente reconhecida como devida por órgão judicial em contrariedade à tese que virá a ser consagrada no incidente”.<sup>269</sup>

Com efeito, embora a suspensão dos processos esteja restrita à sistemática dos recursos repetitivos, considerando a finalidade de assegurar igual tratamento aos jurisdicionados submetidos à persecução penal, bem como a função exercida pelas Cortes Superiores em procedimento destinado à formação de precedente vinculante, consistente na atribuição de sentido da norma penal e/ou processual penal, com propósito, por vezes, de prevenir ou resolver divergência jurisprudencial das Cortes Superiores, parece ser razoável possibilitar a suspensão dos processos que guardem similitude fática e jurídica para com o caso afetado.

Contudo, como explica Badaró “a suspensão dos processos penais exige muita cautela”. Segundo o citado autor, estaria de fora da suspensão, por consequência lógica, processos penais em que o réu esteja preso cautelarmente, bem como os processos em tramitação perante o primeiro grau de jurisdição, nos quais as questões potenciais, relacionadas ao caso afetado, podem ainda surgir, com por exemplo a afetação de tema atinente à dosimetria da pena e/ou cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de tráfico de drogas privilegiado. Ou seja, nesta hipótese inexistiria motivo razoável para

---

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

<sup>269</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 353.

suspensão do trâmite do processo penal em que se apura ocorrência do referido crime. Por outro lado, continua o autor, “no caso de controvérsia sobre o próprio delito objeto do processo, será o caso de suspensão dos processos, mesmo em primeiro grau”.<sup>270</sup>

De fato, havendo afetação de tema sobre a incidência de determinado tipo penal, como ocorreu no HC 115.605, da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no qual se tratou da atipicidade da conduta de importar pequena quantidade de sementes da planta “maconha”, no HC 535.063, também da 3ª Seção, no qual se deliberou sobre a incidência da insignificância para o crime tributário atinente a tributo estadual (ICMS), bem como no RHC 163.334, do Pleno do STF, cujo objeto de debate foi a criminalização da conduta de apropriação indébita tributária, eventuais processos em trâmite nas instâncias inferiores, inclusive no primeiro grau, devem ser suspensos até que se aguarde o desfecho perante a Corte Superior.

Sim, pois, do contrário de nada adiantará o esforço de racionalização do sistema de justiça criminal por meio da formação de precedentes vinculantes, haja vista a grande chance de haver tratamento díspares para aqueles cujos processos ainda se encontram em desenvolvimento pelas instâncias ordinárias que, ademais, podem vir a sofrer os constrangimentos e restrições inerentes ao rito processual criminal.

Mas, para além da hipótese de debate sobre a atipicidade da conduta, parece razoável cogitar a suspensão do processo também nos casos em que a afetação tiver por tema (a) a discussão sobre a proporcionalidade de preceito secundário, como ocorreu com o tema 1003, referente à desproporcionalidade da pena cominada, em abstrato, ao artigo 273, do Código Penal, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como (b) tratar de eventual ilegalidade de procedimento probatório do qual resultou a justa causa para instauração do processo criminal, tal como ocorreu no RHC 83.233, da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu a ilegalidade da prova consistente nos dados fiscais diretamente obtidos pelo Ministério Público sem autorização judicial.

Ora, na primeira situação – debate sobre a proporcionalidade do preceito incriminador – a suspensão dos processos que tenham por objeto o mesmo crime se impõe em razão da eventual possibilidade de resolução negociada do conflito penal – ANPP, transação penal, *sursis* processual – decorrente do possível redimensionamento da pena. É o que exatamente aconteceu no caso que deu fruto ao tema 1003, em que o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional a pena abstratamente prevista para o crime tipificado no artigo 273, §1º, B, do Código Penal, que era de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e repristinou a pena originária, no patamar

---

<sup>270</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.384.

de 1 (um) a 3 (três) anos. Obviamente, suspender o processo nesta hipótese é medida necessária para garantir que as pessoas imputadas do cometimento do mesmo delito tenham o mesmo tratamento, podendo optar por uma solução negociada do seu caso criminal.

Por outro lado, também soa razoável suspender os processos cuja prova formadora da justa causa tenha sido obtida em procedimento sobre o qual paira debate acerca da sua legalidade e legitimidade perante o colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça – 3ª Seção – ou do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, o resultado da definição do tema por parte da Corte Superior impactará na própria admissibilidade da acusação, demonstrando-se prudente a suspensão para, a um só tempo, evitar a submissão do acusado ao rito processual penal que, per si, afeta o *status* de dignidade do cidadão, e, economizar dispêndio do erário público desembolsado com a realização de atos processuais que, dependendo do entendimento adotado pela Corte Superior, serão reputados nulos por derivação.

A suspensão dos processos, nas hipóteses admissíveis, seguindo o que já está estabelecido na legislação processual civil, poderá ser determinada pelo Min. relator no momento da afetação da matéria, em decisão fundamentada, bem como poderá ser requerida pela parte interessada que, para evitar peticionamento excessivo junto à Corte Superior, deverá antes buscar a suspensão perante as instâncias ordinárias – juiz de primeiro grau e Tribunal Local -, de modo que somente após o esgotamento destas poderá acionar o Ministro relator.

Por fim, algo a ser estabelecido de *lege ferenda* para o fim de se implementar a suspensão dos processos criminais em razão do procedimento de formação de precedente vinculante é a suspensão do prazo prescricional, que depende de previsão legislativa expressa para tanto. Isto porque, a ausência de suspensão do prazo prescricional tende a pesar contra a adoção da suspensão do processo<sup>271</sup>, como, aliás, já sinalizou o Pleno do Supremo Tribunal Federal na questão de ordem dirimida no RE 966.177/RS.

(b) o cabimento da reclamação constitucional para tutela da eficácia do precedente vinculante oriundo da Corte Superior

Adotando-se a premissa de que ao julgar o *habeas corpus* ou recurso ordinário por meio de seu colegiado maior, em procedimento no qual sejam observados os critérios para formação do precedente vinculante, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça exercem efetiva função de Corte de Precedentes e, portanto, dentro dos devidos limites,

---

<sup>271</sup> KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 70.

contribuem para definição do sentido do direito (constitucional e infraconstitucional), imperioso pensar na reclamação constitucional para além da proteção das partes em que decisão foi ou será prolatada.<sup>272</sup>

Nesse sentido, segundo Marinoni é preciso repensar a reclamação para o fim de a compreender como mecanismo de tutela da autoridade do precedente vinculante proferido por uma Corte Suprema, pois “a preservação da autonomia da função e da autoridade das decisões do STJ tem a ver com a coerência da ordem jurídica e com a igualdade de todos perante o direito”.<sup>273</sup>

Não obstante, ao tratar da reclamação o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu o seu cabimento, por manejo da parte interessada ou do Ministério Público, para: I- preservar a competência do tribunal; II- garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, e IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Como se vê, o legislador não previu expressamente a possibilidade de utilização da reclamação para assegurar eficácia de precedente vinculante formado por deliberação do órgão julgador de maior hierarquia das Cortes Superiores, restringindo seu cabimento, no que toca aos precedentes, aos casos relacionados ao incidente de resolução de demanda repetitiva e ao incidente de assunção de competência. Diante desta limitação, propõe Monnerat, uma divisão conceitual entre (a) reclamação constitucional, prevista nos artigos 102 e 105, da Constituição da República, cabível contra ato administrativo ou judicial proferido em (i) usurpação da STF ou do STJ, (ii) em confronto com a decisão já proferida por estas cortes e (iii) em contrariedade com a súmula vinculante editada pela Suprema Corte; e, (b) reclamação de natureza infraconstitucional, voltada a preservar a autoridade dos precedentes qualificados proferidos em IAC e IRDR.<sup>274</sup>

Com efeito, a despeito desta posição doutrinária, adota-se no presente trabalho a ideia sustentada por Marinoni, segundo a qual leitura do artigo 998, incisos I e II, do Código de Processo Civil deve ser realizada com base na função desempenhada pelo STJ e STF enquanto Corte de Precedentes, no sentido de se admitir a reclamação sempre que a decisão do Tribunal

---

<sup>272</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 232

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019 p. 464

Local contrariar o precedente obrigatório delas oriundos, pois “contrariar um precedente é negar a autoridade da Corte e, ao mesmo tempo, dela usurpar a função exclusiva de definir o sentido do direito”.<sup>275</sup> Dito de outro modo, quando o Tribunal local contraria a orientação firmada em precedente vinculante ofende a autoridade da decisão da Corte Superior e usurpa a sua competência, uma vez que não lhe compete revogar precedente vinculante e tampouco definir o sentido do direito.

Pensar na reclamação como mecanismo de acionamento direto da Corte Superior com objetivo de fazer valer a eficácia do precedente vinculante vai ao encontro do que se preconiza com adoção de sistema precedentes no processo penal, no sentido de evitar tratamentos distintos para aqueles que, submetidos à persecução criminal, estejam na mesma situação fática e jurídica. Impor ao acusado a obrigação de trilhar todo o *iter* recursal ou de impugnação para fazer valer a norma penal e/ou processual penal definida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal sob a justificativa de que o precedente não fora firmado em IAC ou IRDR é ilógico e incompatível com a racionalização almejada pelo sistema de precedentes.

Evidentemente, para evitar sobrecarga das Cortes Superiores, até porque a rigor não se espera que exista resistência à adoção do precedente vinculante por parte dos tribunais de hierarquia inferior, embora ocorra na prática, a parte que entender ser o precedente aplicável em seu caso primeiro deverá solicitar a sua aplicação nas instâncias ordinárias, abrindo-se a possibilidade da reclamação após o respectivo esgotamento, nos mesmos moldes acima pensados para a questão referente à suspensão do processo.

Outra razão a justificar o cabimento da reclamação após o esgotamento das instâncias ordinárias reside no fato de que, como desenvolvido nos tópicos 1.3 e 1.4, competirá a elas a análise dos motivos determinantes externados no precedente vinculante e sua respectiva aplicação, ou não, ao caso em tela, podendo, inclusive, após o contraditório realizado sobre o tema entre acusação e defesa, haver o afastamento do precedente vinculante mediante a técnica do *distinguishing*.

Nesse contexto, a reclamação também serviria como instrumento de provocação da Corte Superior para fins de avaliar e revisitar seus próprios precedentes vinculantes, com a possibilidade, excepcional, de realizar o afastamento do precedente, delimitando seu campo de incidência, ou até mesmo a sua revogação<sup>276</sup>. Isto porque, diante da “desobediência racional”

---

<sup>275</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 233.

<sup>276</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 466-467.

do precedente vinculante, mediante verticalizado ônus argumentativo desempenhado pela instância ordinária, poderá a Corte Superior, provocada por meio da reclamação, debater o tema à luz do novo fundamento ou da nova realidade fática, jurídica ou social não considerados quando da pacificação do tema.

## CONCLUSÃO

Conforme consignado na introdução da presente pesquisa, pretendeu-se por meio dela analisar a possibilidade de a ação constitucional de *habeas corpus* e, por derivação, o recurso ordinário em *habeas*, servir de instrumento formador de precedente vinculante, especialmente quando julgados perante as Cortes de Sobreposição. O caminho percorrido, por recorte metodológico, não foi o da análise teórica sobre o *writ* servir como um instrumento a mais de formação de precedente judicial obrigatório ao lado dos já existentes (recurso extraordinário, recurso especial repetitivo, IRDR, IAC) senão que a partir do exame dos dados empíricos extraídos da 3ª Seção do STJ e do Pleno do STF, confirmar a premissa da “abstrativização” da mencionada ação constitucional para, na sequência, traçar alguns critérios necessários para que o julgamento do *writ* frutifique em precedente de eficácia obrigatória.

Co efeito, diante do que se desenvolveu na presente pesquisa, sustenta-se a tese de que o *habeas corpus* e, por derivação, o recurso ordinário, podem servir de instrumento formador de precedente de eficácia obrigatória, especificamente quando julgados por órgão judicial de maior representatividade, em matéria penal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal e em procedimento que assegure, sobretudo, a ampliação do debate a ser travado sobre o tema por meio da efetiva possibilidade de participação de terceiros (*amici curiae*).

Em atenção à realidade representada pela pesquisa empírica desenvolvida no capítulo 2, na qual se analisou a atuação da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e do Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* ou recursos ordinários afetados para o escrutínio dos referidos órgãos jurisdicionais, propõe-se o estabelecimento de procedimento no qual se delimite quando (em que hipóteses?) e como (qual o procedimento?) a Corte Superior poderá formar precedente vinculante diante do julgamento da ação constitucional de *writ* ou de recurso ordinário.

Os critérios que compõem a proposta de proceduralização são os seguintes: (a) afetação do *writ* com motivação fundamentada sobre a relevância jurídico penal do tema que transcenda os interesses das partes envolvidas na demanda, em decisão na qual se estabeleça as questões-problemas a serem enfrentadas pelo colegiado maior e a possível tese a ser fixada; (b) deliberação colegiada sobre a relevância do tema, a ser realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pela Turma, conforme já estabelece o artigo 14, do RISTJ, e no âmbito do Supremo Tribunal Federal em plenário virtual, nos moldes delimitados para a aferição de

repercussão geral; (c) efetiva publicização da afetação do tema para o escrutínio do colegiado maior que possa, por consequência, realmente possibilitar (d) o contraditório participativo, com a necessária expansão dos horizontes argumentativos acerca da causa por meio da participação de instituições e terceiros interessados na definição de sentido da norma penal ou processual penal objeto da discussão.

Com efeito, com escopo de apresentar as reflexões e conclusões que foram desenvolvidas ao longo do trabalho para chegar à proposta acima, passa-se a declinar as principais considerações de cada capítulo:

1. Há, no contexto contemporâneo, uma crise da legalidade penal formalmente considerada, própria do período iluminista, causada pela maximização do direito penal, pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade da lei e pela superação do paradigma hermenêutico exegético – juiz “boca da lei” – dada pela compreensão de que a atividade interpretativa do Juiz atribui sentido à norma.
2. Isto não significa que ao Juiz é dado o poder de discricionariamente criar norma penal ou processual penal, pois que, a rigor, não lhe é dado o poder de, sob o pretexto de aplicar a norma, contrariar, por exemplo os limites semânticos do texto legal. No entanto, assegurado tal limite, pode o judiciário muito bem, em determinadas situações, estabelecer o significado e o alcance da norma penal e processual penal, sendo possível afirmar que o que decidem os tribunais é o que significa o direito para determinada sociedade.
3. Se assim o é, a adoção da teoria dos precedentes pode servir como mecanismo de atenuação da crise da legalidade penal formal, haja vista a imposição, que de tal teoria decorre, de unidade, integridade e coerência na prestação de serviço jurisdicional pelos Tribunais, mormente das Cortes de Sobreposição, com o que se assegura o tratamento igualitário dos jurisdicionados que estão em mesma situação fática e jurídica, a segurança jurídica e a previsibilidade dos cidadãos frente ao padrão normativo delimitado pela via do precedente judicial.
4. Para o adequado manuseio da teoria dos precedentes, faz-se imprescindível compreender que precedente não se confunde com jurisprudência, súmula ou decisão judicial. O precedente judicial consiste em decisão proferida num único caso, no qual se tratou de questão jurídica de forma inédita e que passa a servir de parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes que guardem similitude fática e jurídica.

5. As regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015 acerca dos precedentes são aplicáveis ao processo penal, quer seja porque são institutos de natureza da teoria geral do direito, que discorrem sobre a aplicação do direito, quer seja porque a legislação processual penal não tem nenhuma regulamentação própria sobre o tema, o que permite a aplicação analógica nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal. Ademais, reclamar a aplicação das regras referentes à teoria dos precedentes dispostas no Código de Processo Civil, com o escopo de garantir aos jurisdicionados igualdade de tratamento, segurança jurídica, previsibilidade, vai ao encontro do que se espera de um sistema de justiça penal inserido num estado democrático e de direito, em que se permite aos indivíduos conhecer os limites de suas atuações, seus direitos e as possíveis consequências de seus atos.

6. Os precedentes judiciais são classificados, para o que aqui importa, em precedente vinculante, cuja eficácia é obrigatória para todos os órgãos judiciais que vierem a se deparar com casos futuros que tratem de situações fático-jurídicas semelhantes e que não podem ser revogados por órgão judicial de hierarquia inferior; e, de eficácia persuasiva que carece de autoridade vinculativa formal, consistindo apenas em autoridade de fato ou moral, em relação aos quais os tribunais e juízes não devem obediência podendo os seguir se estiverem convencidos da sua correção.

7. Para determinada corrente doutrinária, da qual são expoentes os autores Marinoni e Mitidiero, só é adequado falar em precedente quando se está diante de padrão normativo de eficácia vinculante oriundo de Corte Superior que exerce função de Corte de Precedentes – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

8. Adota-se, no presente trabalho, a ideia de coexistência no sistema jurídico brasileiro de precedentes obrigatórios (vinculantes) e argumentativos (persuasórios), pois nem todo precedente, por exemplo, delimitado em sede de *habeas corpus* ou recurso ordinário terá força vinculante perante os demais órgãos do poder judiciário. Isto porque, partindo da definição de Alexandre Câmara, o que importa para a definição do precedente vinculante é o seu processo de formação, que deve contar com o contraditório ampliado, haja vista a produção de efeitos para terceiros não envolvidos na demanda.

9. Diante disso, entende-se que, a despeito da literalidade do artigo 927, do Código de Processo Civil, nem todas as decisões nele mencionadas possuem eficácia vinculante. Para que a decisão oriunda do órgão colegiado maior do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal possua eficácia vinculante,

repita-se, é preciso estabelecer procedimento em que se possibilite, sobretudo, a participação na formação do padrão decisório.

10. A identificação da *ratio decidendi* do precedente deve decorrer da avaliação, por parte do órgão que o pretende aplicar, dos seguintes aspectos: (i) fatos relevantes; (ii) a questão jurídica posta em juízo; (iii) os fundamentos da decisão, (iv) a solução determinada pela corte e, (v) em tribunais em que a decisão se dá pela votação em série é preciso identificar qual foi a posição da maioria dos julgadores sobre tais aspectos.

11. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal exercem função nomofilática e devem ser compreendidos como Cortes de Precedentes quando estão a julgar os recursos especial (105, III, CR/88) e recurso extraordinário (102,III, CR/88), pois lhes cabem a tarefa, respectivamente, de dizer qual o sentido e alcance da norma penal ou processual penal pela interpretação da lei federal (ou tratado internacional) e pela interpretação (filtragem) constitucional. No entanto, nem sempre desempenharão esta função quando tiverem diante de ação constitucional de *habeas corpus* ou de recurso ordinário de *habeas*, vez que a delimitação constitucional da competência das Cortes Superiores para processá-los e julgá-los (*writ* e recurso ordinário) não lhes confere a missão nomofilática. Isso, todavia, não significa que jamais a Corte Superior poderá formar precedente vinculante em ação de *habeas corpus* ou recurso ordinários. Ao contrário, até se recomenda que assim o façam, desde que respeitados os critérios acima mencionados, em razão do amplo espectro de temas penalmente relevantes que possam ser deduzidos por meio de tais demandas.

12. Para fins do artigo 927, V, do Código de Processo Civil e da respectiva possibilidade de formação de precedente obrigatório, devem ser compreendidos como órgãos judiciais representativos das Cortes Superiores, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e o Pleno do Supremo Tribunal Federal.

13. A pesquisa empírica realizada sobre os casos de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas* julgados pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal confirmou a premissa de que há na praxe judiciária destes tribunais, cada vez mais, a remessa de relevantes temas atinentes à esfera penal e processual penal, pela via do *writ* ou do recurso ordinário, para deliberação de tais órgãos, com busca de firmar posição da Corte sobre a matéria e,

com isso, racionalizar e estabelecer parâmetros para os órgãos jurisdicionais inferiores.

14. A pesquisa revelou, no entanto, que tais julgamentos não seguem um procedimento apto à formação de padrão decisório vinculante, malgrado tenham debatido temas de significativa relevância, como por exemplo: a) RHC 83.233, da 3ª Seção do STJ, que tratou da ilicitude da prova (dados fiscais) diretamente obtida pelo Ministério Público sem autorização jurisdicional; b) HC 535.063, 3ª Seção do STJ, aplicação da insignificância nos crimes tributários de sonegação de tributo estadual; c) RHC 131.263, 3ª Seção, em que se definiu a impossibilidade da prisão preventiva *ex officio*; d) HC 154.248, Pleno do STF, no qual se definiu a natureza jurídica de racismo e imprescritibilidade do crime de injúria racial; RHC 163.334, Pleno do STF, no qual se delimitou a incidência do crime tributário para a conduta do comerciante de apropriação de ICMS repassado para o consumidor final;

15. O grande vício constatado pela pesquisa empírica está na ausência de motivação da decisão de afetação e na baixa ou nenhuma publicização do encaminhamento do tema para deliberação do colegiado maior, o que, por consequência, resultou na ínfima participação de terceiros interessados (*amici curiae*) nos julgamentos.

16. Os dados empíricos demonstraram a capacidade do *habeas corpus* e do recurso ordinário em levar para o escrutínio das Cortes Superiores temas de grande relevância jurídico penal, reforçando a necessidade de, ainda que excepcionalmente, atribuir natureza abstrata à referida ação constitucional.

17. Defende-se, no presente trabalho, a ideia de que o *habeas corpus* é um legítimo e relevante instrumento de salvaguarda do devido processo legal, razão pela qual deve ser analisado, no que tange ao seu cabimento, da forma mais ampla possível, conforme, aliás, indica a própria história do *habeas corpus* desenvolvida no Brasil. Nesse sentido, no HC 152.752, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu pelo amplo cabimento do *habeas corpus*, inclusive, como substituto de recurso ordinário.

18. Por assim ser, o *habeas corpus* e o recurso ordinário em *habeas* podem excepcionalmente ganhar contornos abstratos e nessa dimensão servir de legítimo instrumento de formação de precedente vinculante, desde que respeitados os critérios acima mencionados, repise-se: (a) afetação do *writ* com motivação fundamentada sobre a relevância jurídico penal do tema que transcenda os interesses das partes envolvidas na demanda, em decisão na qual se estabeleça as questões-problemas a serem enfrentadas pelo colegiado maior e a possível tese a ser fixada; (b) deliberação

colegiada sobre a relevância do tema, a ser realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pela Turma, conforme já estabelece o artigo 14, do RISTJ, e no âmbito do Supremo Tribunal Federal em plenário virtual, nos moldes delimitados para a aferição de repercussão geral; (c) efetiva publicização da afetação do tema para o escrutínio do colegiado maior que possa, por consequência, realmente possibilitar (d) o contraditório participativo, com a necessária expansão dos horizontes argumentativos acerca da causa por meio da participação de instituições e terceiros interessados na definição de sentido da norma penal ou processual penal objeto da discussão.

19. Por fim, ao se adotar a formação de precedente judicial vinculante na esfera penal, defende-se a necessidade de se estabelecer, de lege ferenda, (a) a possibilidade de suspensão dos processos que eventualmente possuam similitude fática e jurídica com o caso afetado para deliberação da 3ª Seção do STJ ou do Pleno do STF, mormente quando tiver por objeto a incidência de preceito incriminador, a ilicitude de determinado procedimento probatório do qual resultou a prova da justa causa que tenha amparado a instauração do processo crime e a desproporcionalidade da pena; e, (b) o cabimento de reclamação para o fim de tutela de eficácia do precedente obrigatório, a ser utilizado por terceiro que esteja em mesma situação fática e jurídica do precedente, cuja eficácia tenha sido negada pelas instâncias ordinárias.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, vol. 165/2008, nov. 2008, p. 218-230.

AVILA, Humberto. Função da ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, jan. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique **Correlação entre Acusação e Sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Roberto; MELLO Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 05, p. 09-52, jul/set. 2016.

BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1999.

BOTTINO, Thiago. *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores – propostas para reflexão. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal E Processual Penal**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 823-856.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público e analyse da constituição do império**. Data de publicação: 1857. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BOUYSSOU, Norma; PELLONI, Fernando M. Machado. *Habeas corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol 2, n. 1, p. 111-143, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.19>>.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de Súmula**. São Paulo: Atlas, 2022.

CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamento de *habeas corpus*. In: NUNES, Mariana Madera; PADRINA, Gustavo Mascarenhas

Lacerda; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: RT, 2019.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo penal Brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo. Uma proposta democrática. **Revista de Processo**. Ano 36, vol 192, fev., 2011, p. 13-46.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os Tribunais Superiores**. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Legalidade e reformas parciais do CPP: a excrescência da relativização das regras e princípios constitucionais. In: BRANDÃO, Cláudio; CALVACANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio: O Drama, Hoje, do Direito Penal. In: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o poder judiciário. In: Antonio José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 8. ed. Belo Horizonte: D'placido, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. Processo penal: a difícil relação entre o *habeas corpus* e os recursos na jurisprudência das cortes superiores. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processual Penal**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Lisboa: Coimbra, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DOTTI, Rene Ariel. O projeto do novo Código de Processo Penal e as garantias essenciais do *habeas corpus*. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 18, nº 221, abr/2021. Disponível em: <<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim221.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização no direito penal. Leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro.** Florianópolis: Ematis, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopodino; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord). **Sistema Penal Contemporâneo.** Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 75-91.

FERNANDES, Bruna Leles e ROCHA, Islane Archanjo. A (im)possibilidade do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista Vertentes do Direito**, 2020.

FRANCO, Anderson Prezias; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes; GARCIA, Victor. O *habeas corpus* coletivo: uma mudança de paradigma nas decisões em controle difuso de constitucionalidade. **IDP - Law Review**, vol. I, n. 1, 2021, p. 285-302. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/issue/view/220/showToc>>. Acesso: 16 nov. 2021.

GALVAO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal.** São Paulo: JusPodivm, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e Interpretação Jurisprudencial.** São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÄBERLE, PETER. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. **Revista DPU**, n. 60, nov-dez, 2014.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2018.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a plurização do debate.** 426 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. **Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo**, p. 43-87, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética: o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15794/MONOGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? O amicus curiae no STF**. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. Belo Horizonte: D'placido, 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC: enunciados de súmula e pseudo colegialidade**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/08/28/novo-cpc-enunciados-de-sumula-e-pseudo-colegialidade/>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

OLIVEIRA, João Rafael. O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indivíduo ou a qualquer pessoa sob investigação. *In*: CLEVE, Clemerson Merlin; KENICKE, Pedro H. Galotti. (org). **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito constitucional II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. I, p. 139-158.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o supremo tribunal federal e o *habeas corpus*. *In*: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda;

NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. (org). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 20-47.

PEREIRA, Gustavo Alberine; ALMEIDA, Rosimar. Colaboração premiada: entre espaços de oportunidade, juízos de conveniência e a legalidade – o direito de colaborar. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José, et al. (org). **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. v. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 87-97.

PASSOS, Hugo Assis.; SANTOS, Cleopas Izaias; OLIVEIRA, João Rafael. (2021). A ampliação da competência do plenário virtual no supremo tribunal federal no cenário da crise de saúde gerada pela covid 19. **IDP - Law Review**, v. 1, n. 1, 258–284. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396>>.

PIMENTEL, Fabiano. **O overruling como fundamento para a revisão criminal**. Belo Horizonte: D'Placido, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

ROCHA JR, Francisco Assis Monteiro. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais**. 3ª ed. Florianópolis: E-mais, 2020.

RODOVALHO, Thiago. As funções das Cortes Superiores. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (org) **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 205-215.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: Emodara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. V. 3, n 1., p. 133-166. Jan/abr. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/3>>.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração Premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

SCHILLING, Taís Ferras. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Marcio Evangelista Ferreira. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro**. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

SOUZA FILHO, Ademar Borges. O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 137, 2017, p. 287-319.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#:~:text=Ora%2C%20o%20fato%20de%20o,genu%C3%ADno%20precedente%20do%20common%20law>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: método, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus. Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

UZELAC, Alan. **Cortes Supremas no século XXI: a organização deve moldar-se à função**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Habeas corpus* como formador de precedentes penais no STF. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corpor-formador-precedentes-penais-stf>>. Acesso em 16 out. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi; MARCHT, Laura Mallmann. Vicissitudes e triunfos do habeas corpus coletivo 143.641/SP: protagonismos e ativismo judicial? **Revista Jurídica Cesumar**, jan-abr 2019, v. 19, n 1, p. 197-224.

ZANETTI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

## **APÊNDICE 1**

**TABELAS DOS CASOS ANALISADOS E DESCONSIDERADOS,  
RESPECTIVAMENTE, DA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
E DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Processo	Classe	Advogado/Defensoria	Relator	UF	Decisão de afetação?	Fundamentada?	Amicus Curie?	Ordem/recurso
145931	RHC	GUILHERME MOREIRA BARBOSA	Sebastião Reis	MG	não	não	não	provido
83233	RHC	RENATO SCIULLO FARIA	Sebastião Reis	SP	não	não	não	provido
83447	RHC	JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA	Sebastião Reis	SP	não	não	não	provido
101443	RHC	FERNANDO COSTA OLIVEIRA M	Laurita Vaz	MG	não	não	não	prejudicado
131263	RHC	DPE/GO	Sebastião Reis	GO	não	não	sim	provido
115605	RHC	ARTHUR DIEGO DOS SANTOS F	Ribeiro Dantas	SP	não	não	não	provido
535063	HC	RENATO LOSINSKAS HACHUL	Sebastião Reis	SP	não	não	não	Concedida
113897	RHC	TARCISO ALVES OLIVEIRA BRAN	Nefi Cordeiro	BA	não	não	não	Improvido
113778	RHC	CLEBERSON CABRAL	Rogério Schietti	RS	não	não	não	Concedido
101299	RHC	GEDER TADEU NUNES PETRY	Joel Paciornik	RS	não	não	não	Improvido
64086	RHC	DPE/DF	Rogério Schietti	DF	não	não	não	Improvido
350996	HC	DPE/RJ	Nefi Cordeiro	RJ	não	não	não	Concedido
63855	RHC	EDUARDO BELLI PEREIRA DE SO	Rogério Schietti	MG	não	não	não	Improvido

Ministro	Afetados
Sebastião Reis	5
Felix Fischer	0
Ribeiro Dantas	1
Nefi Cordeiro	2
Joel Paciornik	1
Reynaldo Soares	0
Jorge Mussi	0
Maria Thereza	0
Rogério Schietti	3
Laurita Vaz	1

Decisões	
Fundamentadas	0
Mera indicação	13

Estado	
MG	3
SP	4
GO	1
BA	1
RS	2
DF	1
RJ	1

Amicus Curie	
Participação de terceiro	1
Sem participação	11

Resultado	
Concedidos/provido	8
Denegados/ improvido	4
Prejudicado	1

Impetrante	
Defensoria Pública	3
Advogado constituído	10

<b>Classe</b>	<b>número</b>	<b>Motivo da desconsideração</b>
Rcl	42455	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Instrumento no EREsp	1782867	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg no EAREsp	1439506	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg no EAREsp	1630686	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg na Rcl	40535	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Instrumento noos EAREsp	1771636	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg na Rcl 41502	41502	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg nos Edcl no RE no RHC	101459	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg no RO no AgRg no RHC	141534	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg nos Edcl no Eresp	187332	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgInst nos Eresp	1713438	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Instrumento noos EAREsp	1771636	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Edcl no AgRg na Pet	13280	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg no RO no AgRG no RHC	128011	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa / cabimento de recurso ordinário contra decisão fora do rol do art. 102
Ag Reg na Pet	13280	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg nos EREsp	1844293	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgInt nos EARESp	573866	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos Eresp	1683930	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgIt nos EREsp	1377449	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Instrumento no EREsp	1782867	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgInt nos Edcl nos Edv no EAREsp	1305695	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Ag Reg no EAREsp	1616226	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Pet no RO no AGRg no RHC	111323	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg no RO no RHC	115240	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgInt nos Edv no EAREsp	1398511	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgInt nos EARESp	1626315	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos ERESp	1796730	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgIt nos EREsp	1377449	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1472082	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1271282	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos Edcl nos Edv nos ERESP	1458099	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

AgRg nos EAREsp	1270464	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Edcl no AGRg nos Edv nos EREsp	1737258	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos Edv nos EREsp	1737258	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg na Pet	12460	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Edcl nos Edcl no AGRg no RE no RHC	59542	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos Eresp	1595594	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1243022	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos Eresp	1575657	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1271282	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Edcl nos Edcl no AGRg na RCri	4296	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	445578	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EARESP	321023	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	445549	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg na RvCr	4296	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Edcl no AGRG no EDCL no RHC	64910	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg na PET nos EREsp	1505705	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg no RE nos Edcl no RHC	80470	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	309948	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1340069	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1488028	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg no RE nos Edcl no RHC	50655	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Rcl	34189	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg na Rcl	34026	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EREsp	942407	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Rcl	19507	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg no RO no RHC	65316	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	693810	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgRg nos EAREsp	1213653	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

Processo	Classe	Impetrante	Relator	UF	Decisão de afetação?	Fundamentada?	Amicus Curie?	Ordem/recurso
127900	HC	DPU	Dias Toffoli	AM	Sim	Sim	Não	Denegada
118533	HC	DPU	Cármem Lúcia	MS	Sim	Sim	Não	Concedida
87395	HC	Marcio Hofmeis	Lewandowski	PR	Sim	Não	Não	Denegada
152752	HC	Cristiano Zanin	Edson Fachin	PR	Sim	Sim	Não	Denegada
143333	HC	Alessandro Silve	Edson Fachin	PR	Sim	Não	Não	Denegada
100181	HC	DPU	Marco Aurelio	RS	Sim	Sim	Não	Concedida
129129	HC	Jose Pedro Brito	Cármem Lúcia	DF	Sim	Não	Não	Concedida
163334	RHC	DPE/SC	Roberto Barroso	SC	Sim	Sim	Sim	Desprovido
176473	HC	DPU	Alexandre de Mora	RR	Sim	Não	Não	Denegada
117281	HC	Erick Dionosio	Marco Aurelio	SP	Sim	Não	Não	Denegada
117055	HC	Jeverson Freitas	Marco Aurelio	MG	Sim	Sim	Não	Denegada
154248	HC	Jose Gomes de	Edson Fachin	DF	Sim	Não	Sim	Denegado

Ministro	Afetados
Dias Toffoli	1
Cármem Lúcia	2
Lewandowski	1
Edson Fachin	3
Marco Aurelio	3
Roberto Barros	1
Alexandre de M	1

Decisões	
Fundamentadas	7
Mera indicação	5

Amicus Curie	
Participação de ter	2
Sem participação	10

Impetrante	
Defensoria Púb	5
Advogado cons	7

Resultado	
Concedidos	3
Denegados	9

<b>Classe</b>	<b>número</b>	<b>Motivo da desconsideração</b>
Agravo regimental em HC	129335	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	131202	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	129507	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	133267	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	129430	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	92932	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	133753	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	133091	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	134315	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC (AgR)	134222	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED-EL-AgR em HC	113365	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	132400	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	134699	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	126292	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	136097	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	134461	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	132215	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-El-AgR	128999	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	135143	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	137701	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	119775	Habeas Corpus prejudicado, perda do objeto (não houve julgamento do mérito ou afetação)
Agravo regimental em HC	122389	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	123971	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	115787	Habeas corpus prejudicado, incidência da súmula 606/STF (não houve julgamento do mérito ou afetação)
Agravo regimental em HC	136898	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	134442	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	143756	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR AgR ED	137289	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	105959	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	145253	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	146345	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	146216	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

AgR-Edv-AgR	142621	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	151914	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
MC-Ref	152707	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	153769	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED-AgR	155497	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	144435	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	145492	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
QO-HC	100949	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	154642	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED	155201	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	146043	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	160778	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	161264	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	159997	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	161797	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	154351	Prejudicado por perda superveniente do objeto
ED em HC	166330	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	167462	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	156003	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	155271	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	167855	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	169066	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	148879	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	167682	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	171728	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-RI-AgR em RHC	168163	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	167105	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-Edv-AgR em RHC	158456	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	172996	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	162285	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	173543	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	173866	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	180720	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

Agravo regimental em HC	181626	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	180159	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	183018	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
El-AgR em HC	173259	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED	173866	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	164593	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	128893	Habeas Corpus inadmitido, inadequação da via eleita
HC	130620	Habeas Corpus não concedido (como foi impetrado em razão de decisão de ministro, não houve decisão de afetação, sendo distribuído diretamente ao pleno)
El-AgR em RHC	165476	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	181667	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	181680	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	170401	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	186297	HC não conhecido, ausência de autorização do paciente
HC	186296	HC não conhecido, incabível HC contra ato de Ministro ou órgão fracionário do STF
HC	170263	HC não conhecido, incabível HC contra ato de Ministro ou órgão fracionário do STF
ED-AgR-ED	178171	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	104159	HC não conhecido, incabível HC contra ato de Ministro ou órgão fracionário do STF
Agravo regimental em HC	186251	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-Edv-AgR em RHC	182244	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	189057	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	186723	HC prejudicado, perda superveniente do objeto
HC	156652	HC prejudicado, perda superveniente do objeto
Agravo regimental em HC	144426	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-Edv-AgR em RHC	169175	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	187041	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo interno em HC	190622	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	186492	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-Edv-AgR-ED em RHC	169175	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	184817	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED-AgR-ED-ED	178171	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	187147	HC não conhecido, incidência da súmula 606/STF
AgR-ED-Edv-AgR-ED-ED em RH	169175	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

HC	197044	HC não conhecido, incabível HC contra ato de Ministro ou órgão fracionário do STF
Agravo regimental em HC	186006	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	194730	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	193914	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-EI-AgR	191399	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-AgR	193726	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	193726	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-Edv-AgR	186602	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo interno em HC	197833	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agr-AgR	198070	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	193914	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo interno em HC	197655	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-AgR	197999	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	201070	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-EI-AgR-ED	191399	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	201091	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED	197833	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	202216	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-segundo	193726	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	202307	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	192313	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-segundos-ED	186006	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-Edv-AgR em RHC	202161	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-ED-EI-AgR	189984	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	204375	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	203200	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	204857	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-Edv-AgR	202628	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	205332	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo regimental em HC	184434	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
AgR-Edv	203629	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
ED em HC	208219	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
Agravo interno em HC	208147	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

ED em HC	134055	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa
HC	127520	HC prejudicado, perda superveniente do objeto
Agravo regimental em HC	170464	Natureza da classe processual não contemplada na pesquisa

## APÊNDICE 2

### CARTA-RESPOSTA À BANCA DE QUALIFICAÇÃO

- **Questões levantadas pela Prof. Amanda, auxiliar de pesquisa do IDP:**

1) Sobre a pesquisa empírica – como justificar análise de casos pelo plenário STF e terceira seção STJ?

R: A análise dos julgados da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e do Pleno do Supremo Tribunal Federal se justifica em razão do disposto no artigo 927, V, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a formação de precedente vinculante por orientação da Corte Especial ou do Plenário dos Tribunais.

Em razão disso, procurou-se analisar a prática dos Tribunais Superiores referente ao encaminhamento de habeas corpus para julgamento pelo órgão de maior representatividade do Tribunal, entendendo-se, no âmbito do STJ, ser a 3ª Seção o órgão que desempenha este papel, pois a Corte Especial, nos termos delimitados no RISTJ, em regra, não possui a função de pacificar o entendimento acerca de matéria penal e/ou processual penal. Aliás, as pesquisas empíricas demonstraram que não houve nenhum habeas corpus ou recurso ordinário afetado para julgamento da Corte Especial no período selecionado – março de 2016 a março de 2022.

2) Será viável a pesquisa? Qual será o limite temporal? Será só em habeas corpus?

R: Adotou-se um recorte temporal de casos julgados entre 01/03/2016 e 30/03/2022, justificado pelo início da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

A ideia inicial era a análise somente de habeas corpus, mas durante a pesquisa verificou-se que, especialmente na 3ª Seção do STJ, havia vários julgados decorrentes de Recurso Ordinário em Habeas Corpus que, a rigor, possui o mesmo objeto do *writ* e por isso incluiu-se nas pesquisas também os casos referentes aos RHCs.

- **Questões e sugestões formuladas pela Prof. Dra. Danyelle Galvão**

1) Corrigir nome da professora no corpo do texto e nas notas de rodapé.

R: As correções foram promovidas e onde, por equívoco, constava “Danielle” passou a constar a grafia correta “Danyelle”.

2) Utilizar mais bibliografias de referência sobre o tema “motivação das decisões judiciais” e sobre recursos extraordinários e Cortes Supremas, como por exemplo os autores Mitidiero, Marinoni, etc?

R: No que diz respeito ao tema da motivação da decisão judicial, por não ser o foco do trabalho, entendeu-se suficiente a bibliografia utilizada para o fim de delimitar que a afetação do habeas corpus para o órgão de maior hierarquia se constitui enquanto efetiva

decisão e não mero despacho e, por isso, deve ser devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição da República.

Em relação à bibliografia sobre precedentes judiciais, recursos extraordinários, as sugestões foram acolhidas e os autores mencionados (Mitidiero e Marinoni) foram essenciais para a consecução da tese.

3) Qual será a originalidade além do que a autora já apresentou na sua tese? Diferenciar HCs para formação de precedentes com fins penais e processuais penais? Explorar mais também a afetação para a seção no STJ.

R: Seguindo a sugestão da autora e os diálogos estabelecidos com o orientador, Prof. Vinicius Gomes de Vasconcellos, a pesquisa buscou a originalidade na análise empírica de dados oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal e na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e na proposta de critérios para o procedimento de formação de precedente vinculante em ações de habeas corpus e, por derivação, de recurso ordinário de habeas corpus, quando julgados por tais órgãos dos Tribunais Superiores.

Portanto, a originalidade está na proposta do referido procedimento que, por sua vez, teve como substrato a análise empírica do que hoje já se realiza nos julgamentos de habeas corpus e recurso ordinário perante a 3ª Seção do STJ e do Pleno do STF.

- **Questões formuladas e sugeridas pelo Prof. Dr. Ricardo Gloeckner**

1) Fazer pesquisas de teses e dissertações sobre o tema dos precedentes no processo penal, especialmente a tese recentemente defendida por Márcio Evangelista perante o PPGD do CEUB.

R: Acolhendo a sugestão do professor, realizou-se a pesquisa de teses e dissertações sobre o tema, utilizando-se em alguns pontos a tese do Márcio Evangelista, assim como outras dissertações e/ou teses sobre o tema, das quais se pode exemplificativamente citar a tese do Sandro Kozikoski apresentada perante a UFPR e a dissertação de Damares Medina apresentada perante o IDP.

2) Além da crise de legalidade material há também a crise de legalidade processual? Sugestão para trabalhar com a análise de ambas as normas (penal e processual penal).

R: Conforme respondido na banca de qualificação e explorado no capítulo 1, trabalhou-se com a crise de legalidade que afeta tanto a norma penal (material) como a norma processual penal.

3) Seria relevante falar mais sobre a importância do HC no Brasil (“doutrina brasileira do HC”)

R: Buscou-se, no trabalho, ressaltar a importância do habeas corpus no Brasil, defendendo-o como efetivo mecanismo de concretização do devido processo legal, como, inclusive, a própria pesquisa empírica demonstrou, vez que por meio de HC ou de RHC tanto STJ quanto STF enfrentaram diversos temas relevantes em matéria penal e processual penal, desde tema atinente a incidência de determinado tipo penal à ilicitude de diligência probatória.

Defende-se, ademais, o amplo cabimento do habeas corpus para as situações que envolvam, direta ou indiretamente, a restrição do direito de liberdade de locomoção.

4) Risco de a tese acabar por contribuir com a restrição ao Habeas Corpus:

R: Como acima dito, adota-se na tese a perspectiva de amplo cabimento do habeas corpus e de que, em regra, seu julgamento deverá se dar de forma regular em procedimento subjetivo, sem que seu resultado dê ensejo à precedente vinculante.

Excepcionalmente, quando o relator ou Turma se depararem com temas jurídico-penais relevantes e transcendentais, poderá o habeas corpus ser afetado para julgamento no órgão de maior representatividade do Tribunal e assim resultar em precedente de eficácia obrigatória, desde que respeitados os critérios procedimentais propostos na tese.

5) Desnecessidade do tópico jurisprudência como fonte do direito.

R: sugestão acolhida e tópico retirado do primeiro capítulo.

6) Utilizar a doutrina Parrot do TEDH e de Picardi, Passos Cabral sobre a diferenciação de poderes (legislativo, executivo e jurisdicional) e sobre a ideia de modificação da jurisdição.

R: Partiu-se da premissa de que o Poder Judiciário, especialmente por meio de seus Tribunais Superiores, possui a função de interpretar a lei e a Constituição, cujo ato resulta na definição da norma nos casos concretos e nessa medida, dados os limites que não permitem a criação do direito, o Judiciário exerce um papel relevante, ao lado do legislativo, de assegurar a segurança jurídica, previsibilidade e tratamento igualitário aos jurisdicionados.

Deixou-se de examinar a bibliografia referida, por entender que entrar em tal discussão desviaria o foco da tese.

7) Como precedentes contra defesa relacionam-se com o direito ao recurso?

R: Diante da análise realizada no capítulo 1, mormente a análise sobre as técnicas de distinção e revogação dos precedentes, conclui-se que os precedentes não prejudicam o direito ao recurso no processo penal, pois sempre haverá a possibilidade de o jurisdicionado demonstrar que o precedente, se for vinculante, não se aplica ao seu caso, ou ainda, que o precedente merece uma releitura em razão de argumentos novos (de cunho social, jurídico, legal, etc) não enfrentados quando da sua formulação.

8) Como justificar a formação de precedente contrário ao réu em habeas Corpus? Isso não violaria a *proibição da reformatio in pejus*?

R: Pensa-se que a formação de precedente contrário ao acusado, ainda que em sede de habeas corpus, não viola a *proibição da reformatio in pejus*, pois a rigor a impetração do habeas corpus ou interposição de recurso ordinário se daria diante de situação que já lhe é prejudicial, razão pela qual eventual definição do tema que lhe seja contrário não resultaria em ofensa à proibição da reformatio in pejus.

Com efeito, diante daqueles casos em que houver divergência jurisprudencial, a solução para esse possível problema se dará com a irretroatividade da norma penal ou processual penal prejudicial definida no precedente vinculante oriundo da Corte Superior.

9) Sobre a afetação do habeas corpus para o colegiado maior e possível risco de manobra para evitar concessão da ordem, sugere o professor que talvez seja o caso de primeiro o HC ser julgado pela TURMA para depois remeter a questão ao Plenário ou 3ª Seção.

R: A proposta dos critérios procedimentais desenvolvida na tese, na qual se exige a (i) afetação motivada com base na relevância jurídico-penal do tema, com deliberação da Turma, no caso do STJ, e do Pleno no caso do STJ, em procedimento similar ao da repercussão geral, parece-nos ser suficiente para afastar o cogitado risco de manipulação de competência.

- **Questões e sugestões formuladas pelo Prof. Dr. André Callegari**

1) Consolidar originalidade da tese.

R: Seguindo a sugestão da Prof. Danyelle Galvão e os diálogos estabelecidos com o orientador, Prof. Vinicius Gomes de Vasconcellos, a pesquisa buscou a originalidade na análise empírica de dados oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal e na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e na proposta de critérios para o procedimento de formação de precedente vinculante em ações de habeas corpus e, por derivação, de recurso ordinário de habeas corpus, quando julgados por tais órgãos dos Tribunais Superiores.

Portanto, a originalidade está na proposta do referido procedimento que, por sua vez, teve como substrato a análise empírica do que hoje já se realiza nos julgamentos de habeas corpus e recurso ordinário perante a 3ª Seção do STJ e do Pleno do STF.

2) Itens muito curtos no cap. 3 sobre pontos fundamentais (ex. motivação decisões)

R: Conforme respondido na banca de qualificação, a ideia era promover uma ampliação do 3º capítulo, o que de fato foi feito, com maior exploração dos itens que constavam no trabalho apresentado para a qualificação.

3) criticar afetação discricionária pelo Relator.

R: Seguindo a sugestão do professor, fez-se a crítica à afetação discricionária do Relator, por ora permitida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a proposta dos critérios procedimentais desenvolvida na tese, na qual se exige a (i) afetação motivada com base na relevância jurídico-penal do tema, com deliberação da Turma, no caso do STJ, e do Pleno no caso do STJ, em procedimento similar ao da repercussão geral, parece-nos ser suficiente para afastar a referida discricionariedade.

4) Seria relevante proposta de lei e do RISTF.

R: Propõe-se em apêndice específico a alteração dos Regimentos Internos do STF e do STJ, especialmente nos pontos que tocam à matéria da afetação de habeas corpus para o julgamento perante o órgão de maior representatividade dos respectivos Tribunais Superiores.

## APÊNDICE 3

### PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DOS REGIMENTOS INTERNOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 1. Proposta de alteração do Regimento Interno do STJ:

##### **Dispositivo atual:**

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

III - nos incidentes de assunção de competência. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

Parágrafo único. A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º).

##### **Proposta de alteração:**

(...) Revogação do parágrafo único, com a inserção dos seguintes parágrafos:

Art. 14- A. Tratando-se de habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus, a remessa do feito à Seção far-se-á mediante acórdão, com estabelecimento das questões-problemas a serem dirimidas pela 3ª Seção.

**Parágrafo primeiro.** O acórdão de que trata o dispositivo anterior será publicado nos termos da Seção III deste Regimento Interno (procedimento adotado para os recursos especiais repetitivos).

**Parágrafo segundo.** Aplicar-se-á aos casos afetados para deliberação da 3ª Seção, no que couber, o disposto no artigo 271-D deste Regimento Interno (regulamentação do amicus curiae em Incidente de Assunção de Competência).

**Parágrafo terceiro.** Aplicar-se-á aos casos afetados o disposto no artigo 271-A (possibilidade de suspensão de processos com o mesmo objeto pelo Relator) e o disposto no artigo 187 e seguintes deste RISTJ (cabimento de reclamação).

**Obs.:** Em relação à suspensão do processo, faz-se também necessário a alteração do artigo 117, do Código Penal, para tratar de causas suspensivas e interruptivas da prescrição e nele incluir a hipótese de suspensão do prazo prescricional em virtude do sobrestamento do processo motivado pela afetação de tema que possa impactar na causa.

## **2. Proposta de alteração de Regimento Interno do STF:**

### **Disposição atual**

Art. 21. São atribuições do Relator:

xi – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário;

### **Proposta de alteração**

Art. 21. São atribuições do Relator:

xi – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário, mediante decisão motivada de afetação, que deverá seguir o disposto no capítulo V deste RISTF (capítulo que trata da repercussão geral do RE e no qual há previsão para admissão de terceiros);