

Marcelo Coutinho: O 'sistema de precedentes' no Brasil

24/09/2020

A **ConJur** noticia na sexta-feira (18/9) que a 5ª Turma do STJ (HC 549.850) nega anular condenação em processo no qual réu delatado não falou por último, em aparente afronta ao que decidiu o plenário do STF no HC nº 166.373 [1] em 2019, assegurando aos acusados em processo penal o direito de apresentar alegações finais depois do corréu delator.



O acórdão do julgamento do STF ainda não foi

publicado, mas o informativo disponibilizado no site da corte demonstra que o tribunal entendeu que o reconhecimento do direito à última palavra atribuída ao réu significa a consagração da garantia constitucional do *due process of law* no âmbito do processo penal instaurado sob uma ordem constitucional de perfil democrático.

O Supremo concedeu a ordem para "*permitir, ao delatado, o direito de refutar, o direito de contestar, o direito de impugnar, o direito de contra-argumentar todas as alegações incriminadoras contra ele deduzidas, para que, desse modo, sejam efetivamente respeitados, em favor do acusado, o direito ao contraditório e à ampla defesa que lhes são garantidos pela própria Constituição*" [2].

Ocorre que o tribunal pleno, embora tenha decidido por maioria fixar tese quanto ao julgamento, o mesmo foi suspenso "*para fixação da tese em assentada posterior*", o que até o momento, devido à reorganização da pauta do STF em decorrência da pandemia mundial, não ocorreu.

Desta feita, o ministro Felix Fisher, no voto condutor do julgamento do HC 549.850, asseverou que "*não se revela possível aplicar de maneira geral, irrestrita e indiscriminada a conclusão firmada no caso singular se a objetivação da tese, que eventualmente lhe poderá outorgar efeito erga omnes, ainda não ocorreu*".

O ministro aponta que a decisão não tem efeito vinculante, já que o elemento vinculante é a tese, que conferiria eficácia *erga omnes* ao julgamento, mas, ainda assim, realiza a distinção (*distinguish*) entre o julgado e o caso concreto, de modo a afastar o precedente pois não houve, pelo réu, questionamento quanto a ordem de apresentação de alegações finais no momento processual correto, o que demonstraria a ausência de prejuízo.

No voto fica demonstrado que o elemento de distinção utilizado pelo ministro em seu voto, é que no caso concreto julgado "*verifica-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de apresentar as alegações finais por último ao paciente daqueles autos, cuja defesa, desde o primeiro grau de jurisdição, vinha requerendo a concessão de prazo sucessivo para a manifestação processual*".

Portanto, utilizou-se como *ratio decidendi* ou elemento vinculante da decisão, os fatos subjacentes como paradigma, mesmo dizendo que ainda não há elemento vinculante, retirando-se daí a regra segundo a qual somente os casos em que os réus fizeram requerimento de prazo diferenciado para apresentação de alegações finais é que se enquadram para aplicação do precedente.

Há uma contradição entre reconhecer que a decisão não vincula mas ainda assim fazer distinção, isso porque nos termos do voto, o elemento vinculante para o ministro foram os fatos, ou seja, somente aos casos fáticos estritamente semelhantes se aplica o HC 166.373, logo após ele aponta que se houvesse uma tese fixada (já que ainda não houve), poder-se-ia aplicar o precedente conforme o STF decidir, desde que se fixe a tese neste ou naquele sentido. Vê-se que o STF, ao considerar os termos da decisão, decide como um ato de vontade, podendo escolher se a tese vai nesse ou naquele sentido, pois já haveria um quadro normativo posto que admite os dois caminhos, e como o tribunal sinalizou para um desses caminhos, então é isso que vincula.

Parece que, enquanto o acórdão não foi publicado, as balizas fáticas do precedente vinculam, já que não se teve a "*objetivização ou abstrativização*" da norma do precedente. Havida a objetivização (a separação do precedente dos fatos com a criação de uma tese), daí, sim, não haveria que se fazer o *distinguish*, já que o tribunal criaria a norma de precedente aplicável subsuntiva e automaticamente.

A questão é complexa porque nos faz refletir quanto ao suposto sistema de precedentes que vigora no Brasil. O que é um precedente, ainda se confunde com súmulas e jurisprudência? A tese, os motivos determinantes ou os fatos subjacentes vinculam aos próximos casos semelhantes? Um enunciado de poucas linhas pode resumir toda a complexidade da causa que gestou o precedente? De fato, houve uma sinalização do STF no sentido de fixar tese mais restritiva que os motivos determinantes da decisão, quando então somente se aplicaria o precedente, a "tese-norma" criada pelo tribunal, aos réus que tivessem alegado prejuízo no momento processual inicial, quando da apresentação das alegações finais.

Porém, sinalização não é *ratio decidendi*, até porque a *ratio* é chamada ora de razão de decidir, ora de motivos determinantes ou de razões da decisão, sem um maior critério quanto a uma sistematização dos elementos vinculantes de uma decisão.

Acreditamos que o STJ acertou errando, ou errou acertando, como diz Lenio Streck, pois acertou quando aponta que não se deve aplicar um precedente à moda da escola exegética positivista, transformando os juízes de agora, que outrora foram "*boca da lei*", em juízes "*boca de teses*". Porém erram, quando decidem de tal forma pelo fato de ainda não haver tese, restringindo a amplitude da *ratio decidendi* da decisão do STF com base na sinalização.

O problema talvez se encontre no fato que em nosso país não se desenvolveu uma teoria substancial dos precedentes, preferimos importar, sem reflexão, institutos do *common law*, sem darmos conta de que os precedentes, além de tema afeito ao processo civil, é tema próprio da teoria geral do Direito, o que demanda reflexões quanto as categorias fundamentais do Direito, que sempre tem bases filosóficas [3].

A doutrina [4] tem recepcionado a ideia de precedente como norma, como fica evidente na decisão do STJ, bastava o STF criar a norma (tese) que o enunciado então seria acatado pela sua força de autoridade, sob pena de cassação pela via da reclamação, e não pelo conteúdo do precedente, que diga-se, é muito rico.

A questão posta não é relativa à forma como se deve entender a *ratio decidendi* no Brasil, essa missão é hercúlica, e depende de toda comunidade jurídica, especialmente da doutrina e do trabalho pretoriano, a questão posta é a urgente necessidade de se delimitar que transformar precedentes em tese, enunciados normativos ou qualquer nomenclatura que se dê, ignorando os motivos determinantes, é um erro.

Mesmo os autores que defendem ser o precedente uma tese abstrata, uma regra de julgamento [5], não negam que os fatos, a contextualização e os motivos determinantes são elementos necessários para identificação da *ratio decidendi*.

Não se pode admitir que o tribunal prolator de um precedente defina de plano qual é o elemento da vinculante da decisão, nem mesmo na tradição *common law* é assim, conforme ensina René David: "*O juiz não esclarece, no acórdão, qual é a ratio decidendi; esta será determinada posteriormente por um outro juiz, que examinará se o acórdão é ou não um precedente aplicável ao litígio que estiver julgando*" [6].

Por tudo isso, percebe-se que entre um método fático-concreto, em que se busca estabelecer uma *ratio* estrita, que somente se aplica a casos estritamente semelhantes, e o método abstrato-normativo, que separa os fatos do precedente, criando uma tese genérica aplicável amplamente a casos futuros, a melhor opção para estabelecer o elemento vinculante do precedente são os motivos determinantes, que abrange tanto os fatos que deram causa ao precedente quanto os princípios aplicados na decisão, permitindo, sem obstar a independência dos juízes, a aplicação das distinções a casos não semelhantes ao paradigma.

Nesse caso, ficou evidente que o motivo determinante que o STF utilizou para decidir o HC 166.373 foi de que todo cidadão tem direito a falar por último quando é acusado, independentemente de onde venha a acusação, seja do Estado (Ministério Público), seja de um privado (querelante) ou seja de próprio corréu (delator). O ponto fulcral é analisar a carga acusatória, não importa de onde venha, o fato de o caso concreto tratar de réu que apontou a nulidade em momento correto é apenas circunstancial, pois embora no nosso país temos essa

diferença entre o processo subjetivo e objetivo, como destacou o ministro Marco Aurélio, um precedente pode ser qualquer tipo de decisão, não necessariamente de processo objetivo.

Sendo assim, a *ratio decidendi* deve ser analisada dentro da integridade e coerência do Direito, nos termos de Dworkin e do artigo 926 do CPC, pois em nossa opinião, mesmo que o STF fixe tese buscando restringir o alcance da *ratio* do HC 166.373, cabe aos juízes e tribunais interpretar, ou seja, hermeneuticamente verificar que trata-se de uma nulidade absoluta apresentar alegações finais junto com o acusador, sem conhecimento da carga acusatória, por violar o devido processo legal, e os direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa.

Nesta esteira, não podemos dizer que a 5ª Turma do STJ realizou *distinguish* para não aplicar o precedente HC 166.373, ao revés, utilizou uma sinalização como *ratio decidendi*, privilegiando o método fático-concreto mas ao mesmo tempo apontando para o acatamento de eventual tese que venha a ser fixada. Essa bagunça teórico-dogmática está longe de ser resolvida, somente levando o Direito e os precedentes a sério é possível avançar no tema sem uma redução dos precedentes a um novo positivismo de cortes superiores.

Reconhecemos a importância do voto do ministro Fisher e da decisão da 5ª Turma do STJ, pois é necessário a discussão e aprimoramento desse "*sistema de precedentes legislado*" brasileiro, mesmo não concordando no mérito da decisão, pois defendemos que a *ratio* da decisão do STF se aplica a todos os réus que apresentaram alegações finais depois que seus delatores, independentemente de requerimento nesse sentido, por tratar-se de direito fundamental indisponível ao Estado, cujo prejuízo é presumido pela cogência das normas que incidem na espécie.

É preciso reconhecer o papel ideológico e de centralização de poder que essa ideia do precedente como tese comporta, sob argumentos pragmáticos de sobrecarga de trabalho, acabam solapando o direito a interpretação, a independência funcional dos juízes e ao contraditório das partes, o direito de dialogar com os precedentes dos tribunais superiores e demonstrar que as peculiaridades da realidade da vida não cabem em uma tese.

[i] HC n. 166.373/PR, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2/10/2019, Informativo 954/STF.

[ii] Informativo 954/STF.

[iii] Lopes Filho, Juraci Mourão. Os precedentes no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 178.

[iv] Mello, Patrícia Perrone Campos; Barosso, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, n. 3. Brasília: Fórum, jul./set. 2016, p. 23. Taranto, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação*



na *jurisprudência constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7. Macêdo, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 249. Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, n. 893 – março de 2010.

[v] Mello, Patrícia. Barosso, Luís Roberto, *Trabalhando, idem*.

[vi] David, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Martins Fontes, p. 430, nota 14.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-24/marcelo-coutinho-sistema-precedentes-brasil/>