



Universidade de Brasília

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, REGULAÇÃO E
POLÍTICAS PÚBLICAS

CANDIDO DO NASCIMENTO ALVES ROSA

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA:
A INTERPRETAÇÃO DO STJ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO AO
DIREITO PENAL EM DECISÕES QUALIFICADAS COMO PRECEDENTES**

BRASÍLIA - DF

2024

CANDIDO DO NASCIMENTO ALVES ROSA

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA:
A INTERPRETAÇÃO DO STJ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO AO
DIREITO PENAL EM DECISÕES QUALIFICADAS COMO PRECEDENTES**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestra em Direito, Regulação e Políticas Públicas pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Dra. Debora Bonat

Linha de Pesquisa: Direito e Regulação

BRASÍLIA – DF

2024

CANDIDO DO NASCIMENTO ALVES ROSA

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA:
A INTERPRETAÇÃO DO STJ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO AO
DIREITO PENAL EM DECISÕES QUALIFICADAS COMO PRECEDENTES**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestra em Direito, Regulação e Políticas Públicas pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Debora Bonat
(Orientadora, Universidade de Brasília - UnB)

Professora Doutora Roberta Simões
(Membra interna, Universidade de Brasília - UnB)

Professor Doutor Marcio Evangelista Ferreira da Silva
(Membro externo, Centro Universitário IESB - DF)

Professora Doutora Fernanda Lage
(Membra suplente, Universidade de Brasília - UnB)

BRASÍLIA – DF

2024

AGRADECIMENTOS

O esforço pessoal para a realização de um sonho, granjear a titulação de Mestre, não teria sido possível sem a bênção de Deus, Pai de meu Senhor Jesus, o Cristo, que me concedeu saúde e sabedoria, e possibilitou ter o convívio com seres humanos especiais. A todos, meu muito obrigado.

Aos meus amigos desde sempre do STJ, Professor Giovani Veloso e Professora Kellen Guerra, por meio dos quais iniciei minha carreira no Magistério superior, no Curso de Direito Penal da Faculdade Apogeu, pela torcida e pela oportunidade de com eles sempre crescer na arte de ensinar.

Ao meu amigo Marlon Eduardo Barreto, Professor de Direito Penal e Processual Penal no UNICEUB, que me motivou e me fez encontrar a coragem necessária para enfrentar esse desafio.

Ao meu amigo Eraldo Melo da Silva, a quem tive a honra de conhecer nas aulas presenciais do Mestrado, e que, ao me indicar para trabalhar no Gabinete do Ministro Sérgio Kukina, abriu-me novos horizontes no que toca ao desenvolvimento profissional na área jurídica.

À professora Debora Bonat, cujas aulas sobre precedentes me inspiraram para a escolha do tema e para a minha caminhada acadêmica, além das orientações assertivas para o trabalho.

Ao professor Márcio Evangelista F. da Silva, que gentilmente aceitou o convite para participar da banca avaliadora, e cujos trabalhos acadêmicos enriqueceram esta dissertação.

À professora Roberta Simões, que cujas observações avaliativas foram adotadas no fechamento da redação final.

À Kelly Martins Bezerra, que sempre foi muito prestativa quando precisei de alguma demanda na secretaria de pós-graduação da Faculdade de Direito da UnB.

Aos meus filhos Caleb Leão Rosa e Miguel Leão Rosa, que compreenderam esse momento de ausência, de muitas vezes não ir ao parque brincar, jogar bola.

À minha linda mulher Milene Rosa, que sempre me deu o alicerce necessário para que conseguisse realizar este meu sonho, suportou e supriu minha ausência perante nossos preciosos filhos. Te amo!

Aos meus pais, Ednaldo Alves Rosa e Cristina Maria do Nascimento, de cujos esforços me levou a lugares inimagináveis. Meu muito obrigado por não desistirem de mim!

RESUMO

Tem chegado ao STJ uma multiplicidade de processos, nos quais se verificam diferentes soluções dadas pelas Instâncias ordinárias para uma mesma questão de direito penal, muitas vezes mitigando o princípio da legalidade estrita, que goza de *status* de garantia fundamental em um Estado democrático. Desse modo, como tem sido a interpretação do STJ do princípio da legalidade aplicado ao direito penal em suas decisões qualificadas como precedentes? O Tribunal da cidadania tem relativizado o princípio da legalidade? Para fundamentar suas decisões qualificadas como precedentes, utiliza apenas do princípio da legalidade ou também de métodos de interpretação, da dogmática penal, de aspectos metodológicos das ciências descritivas e/ou de discursos caracterizados pela indução, pela dialética e pela lógica? Tais perguntas sugerem algumas hipóteses: O STJ tende a aplicar o princípio da legalidade de forma conservadora, quando aplicado ao direito penal, inclusive, rechaçando a inserção no ordenamento jurídico brasileiro da ideia de *stare decisis*; o STJ abraçou o sistema de precedentes, utilizando-se de fundamentos com base na convicção pessoal para restringir ou criar direitos individuais relacionados à liberdade do cidadão. Para responder o problema dessa pesquisa, a qual será conduzida mediante empiria, ter-se-á como base precedentes qualificados proferidos pela Terceira Seção do STJ, que serão analisados levando em conta a concepção de princípio da legalidade na tradição *civil law*, bem como a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do *stare decisis*, oriundo da cultura *common law* normanda. A dissertação está dividida em três capítulos, além da introdução e da conclusão, e evolui de uma perspectiva abstrata para a concretude. No primeiro capítulo, serão problematizados os principais conceitos da pesquisa, como o princípio da legalidade e sua falibilidade frente às complexidades provocadas pelo acontecer de novos fenômenos sociais. Posteriormente, ainda no segundo capítulo, serão abordadas as principais características da cultura *common law*, notadamente do *stare decisis*, cuja definição está sendo conformada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Por derradeiro, serão detalhadas as estratégias utilizadas para chegar à base refinada, composta por 26 acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos na Terceira Seção do STJ. Ato contínuo, proceder-se-á ao diagnóstico da postura da Corte Suprema Infraconstitucional, após exame dos *decisum* referidos, o que se fará por meio de em quatro blocos, nos quais os achados empíricos revelaram a existência de técnicas e estratégias decisórias que indicam um norte no que concerne à fundamentação.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade; Superior Tribunal de Justiça, Pesquisa empírica; Precedentes.

ABSTRACT

A multiplicity of cases have reached the STJ, in which there are different solutions given by the ordinary courts to the same question of criminal law, often mitigating the principle of strict legality, which enjoys the status of a fundamental guarantee in a democratic state. So how has the STJ interpreted the principle of legality as applied to criminal law in its precedent-setting decisions? Has the Court of Citizenship relativized the principle of legality? Does it use only the principle of legality or also methods of interpretation, criminal dogmatics, methodological aspects of the descriptive sciences and/or discourses characterized by induction, dialectics and logic to support its decisions qualified as precedents? These questions suggest some hypotheses: The STJ tends to apply the principle of legality in a conservative manner when applied to criminal law, even rejecting the insertion of the idea of *stare decisis* into the Brazilian legal system; the STJ has embraced the system of precedents, using grounds based on personal conviction to restrict or create individual rights related to citizens' freedom. In order to answer the problem of this research, which will be conducted empirically, it will be based on qualified precedents handed down by the Third Section of the STJ, which will be analyzed taking into account the conception of the principle of legality in the civil law tradition, as well as the insertion in the Brazilian legal system of the institute of *stare decisis*, which comes from the Norman common law culture. The dissertation is divided into three chapters, in addition to the introduction and conclusion, and evolves from an abstract to a concrete perspective. In the first chapter, the main concepts of the research will be problematized, such as the principle of legality and its fallibility in the face of the complexities caused by new social phenomena. Later, in the second chapter, the main characteristics of common law culture will be discussed, especially *stare decisis*, the definition of which is being shaped and incorporated into the Brazilian legal system. Finally, the strategies used to arrive at the refined base, made up of 26 judgments handed down under the system of repetitive special appeals in the Third Section of the STJ, will be detailed. This will be done by means of four blocks, in which the empirical findings reveal the existence of decision-making techniques and strategies that indicate a direction with regard to reasoning.

KEYWORDS: Legality; Superior Court of Justice; Empirical research; Precedents.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	8
LISTA DE IMAGENS E TABELAS	9
1 INTRODUÇÃO	11
2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À DISCRICIONARIEDADE	14
2.1 Princípio da legalidade e a teoria do crime	14
2.2 Dando sentido à ideia de dogmática - instrumento decorrente da desconfiança no juiz ...	20
2.3 Embate contra a interpretação discricionária – dos métodos de interpretação à linguagem como elementos da necessária motivação	25
3 <i>STARE DECISIS</i>	32
3.1 Precedentes como fonte primária do direito penal	32
3.2 <i>Common law</i> – Sua origem anglo-saxônica	35
3.3 <i>Stare decisis</i> nos tribunais	38
3.4 Da Inglaterra para os Estados Unidos da América	41
3.5 Da aplicabilidade ao Direito Penal e Processual Penal	46
3.6 Entre incompatibilidades e convergências	49
3.7 Precedentes qualificados do STJ aplicados do Direito Penal e Processual Penal	52
3.8 Formação de precedentes propriamente dita	54
4 INDICADORES E INFERÊNCIAS	58
4.1 Escolhas metodológicas e parâmetros de análise	58
4.2 Práticas e possíveis tendências decisórias: análise dos temas selecionados	65
4.3 Tendências decisórias e diagnósticos de avaliação	130
4.3.1 Solução da controvérsia não decorrente diretamente da lei	130
4.3.2 Aplicação da legalidade estrita	131
4.3.3 Interpretação da Lei Penal	135
4.3.4 Intersecção dos fundamentos decisórios	137
4.3.5 <i>Overruling</i>	137

5 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	146
ANEXO ÚNICO – CONJUNTO DAS 26 DECISÕES OBJETO DA PESQUISA	161

LISTA DE SIGLAS

Aresp – Agravo em Recurso Especial

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Direito Penal

CPC – Direito Processual Civil

CPP – Direito Processual Penal

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

HC – Habeas Corpus

IAC – Incidente de assunção de competência

IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Min. – Ministro

Rel. – Relator

Resp – Recurso Especial

RISTJ – Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE IMAGENS, TABELAS E GRÁFICOS

Tabela 1: Recursos Repetitivos da Terceira Seção, no período de 20/12/2023 a 29/2/2024 ...	54
Imagem 1 – pesquisa de precedentes	60
Tabela 2 – Argumentos de pesquisa e resultados	61
Imagem 2 – pesquisa de precedentes usando o argumento “excludente”	62
Gráfico 1 – Ministros x Número de temas julgados	63
Gráfico 2 - Temas julgados x Ano da publicação ou trânsito em julgado	64
Tabela 3 – Informações do Tema 157	65
Tabela 4 – Informações dos Temas 190 e 191	68
Tabela 5 – Informações do Tema 447	71
Tabela 6 – Informações do Tema 585	76
Tabela 7 – Informações do Tema 593	78
Tabela 8 – Informações do Tema 596	80
Tabela 9 – Informações do Tema 600	82
Tabela 10 – Informações do Tema 646	84
Tabela 11 – Informações do Tema 918	86
Tabela 12 – Informações do Tema 931	90
Tabela 13 – Informações do Tema 933	92
Tabela 14 – Informações do Tema 983	94
Tabela 15 – Informações do Tema 992	97
Tabela 16 – Informações do Tema 1006	100
Tabela 17 – Informações do Tema 1060	102
Tabela 18 – Informações do Tema 1077	104
Tabela 19 – Informações do Tema 1087	106
Tabela 20 – Informações do Tema 1100	109
Tabela 21 – Informações do Tema 1110	111
Tabela 22 – Informações do Tema 1121	113
Tabela 23 – Informações do Tema 1139	116
Tabela 24 – Informações do Tema 1155	118
Tabela 25 – Informações do Tema 1172	121
Tabela 26 – Informações do Tema 1205	124
Tabela 27 – Informações do Tema 1218	126

Tabela 28 – Teses extralegais	130
Gráfico 3 – Julgados x Fundamento extralegal	131
Tabela 29 – Princípio da Legalidade	131
Gráfico 4 – Fundamentos x Legalidade	134
Gráfico 5 – Exclusão ou manutenção do crime e/ou da consequência penal	135
Tabela 30 – Interpretação da Lei Penal	135
Tabela 31 – Interpretação por meio de dedução lógica	136
Diagrama de <i>Venn</i> - Intersecção dos fundamentos decisórios.....	137
Tabela 32 – <i>Overruling</i>	137

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009, foi incluído no código penal o art. 117-A pela Lei nº 12.015, tipificando a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos como crime de estupro de vulnerável, bem como atribuindo uma pena abstrata entre 8 e 15 anos de reclusão.

Os elementos objetivos do tipo descritos parecem de fácil interpretação, pois, para conjunção carnal, existe uma definição consolidada na doutrina e na jurisprudência; quanto ao elemento “menor de 14 anos”, não há qualquer dúvida; ficando para o julgador dizer apenas o que é ato libidinoso, uma vez que o legislador não se pronunciou a respeito.

Agora, imagine um homem de mais ou menos 21 anos tendo um relacionamento amoroso com uma criança de 9 anos e aos 11, após insistência da pré-adolescente, realizar conjunção carnal com ela. Com essas informações, o crime de estupro de vulnerável aparentemente está configurado.

Entretanto, chegou ao STJ um caso concreto em que se questionava se a aquiescência da vítima menor de catorze anos possui relevância jurídico-penal, de modo a afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável. Isso porque, o Tribunal de origem reformou a sentença condenatória, considerando que era necessária uma interpretação mais ampla, tendo em vista a existência de “valores culturais internalizados na comunidade”, que, aliás, fez abaixo-assinado para a soltura do acusado, pois tratava-se de “homem trabalhador, sério e interessado em constituir família”.

Tal discussão mostrou-se tão relevante que havia uma multiplicidade de processos com mesma questão de direito, a qual foi levada a julgamento da Terceira Seção do STJ, sob o Tema Repetitivo 918, onde se solucionou a controvérsia.

Outrossim, o conceito de ato libidinoso e seu alcance foi exposto no julgamento do Tema Repetitivo 1121/STJ.

Uma outra situação indagava se a medida cautelar de recolhimento noturno pode equivaler a pena privativa de liberdade, medida de segurança ou ao tempo de prisão provisória para fins de detração da pena. Art. 42 do CP.

Ora, nesses casos, a resposta positiva do STJ significaria mitigação do princípio da legalidade estrita. Por vezes, tal moderação pode beneficiar o sujeito ativo, e em outras, manter ou agravar sua condenação, como se verificará da análise do Tema 447/STJ.

Esse cenário inspirou a escolha do tema dessa pesquisa, que se propõe a avaliar e responder: Como tem sido a interpretação do STJ do princípio da legalidade aplicado ao direito

penal em suas decisões qualificadas como precedentes em matéria penal? O Tribunal da cidadania tem relativizado o princípio da legalidade? Para fundamentar suas decisões qualificadas como precedentes, utiliza-se apenas do princípio da legalidade ou também de métodos de interpretação e da dogmática penal; de aspectos metodológicos das ciências descritivas; e/ou de discursos caracterizados pela indução, pela dialética e pela lógica?

Para tanto, será conduzida pesquisa empírica, tendo por base precedentes qualificados proferidos pela Terceira Seção do STJ, que serão examinados levando em conta a concepção de princípio da legalidade na tradição *civil law*, bem como a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do *stare decisis*, oriundo da cultura *common law* normanda.

Para responder o problema de pesquisa será cumprido o seguinte roteiro.

O trabalho está dividido em três capítulos, além da introdução e da conclusão, e evolui de uma perspectiva abstrata para a concretude.

No primeiro capítulo, serão problematizados os principais conceitos da pesquisa, como o princípio da legalidade e sua falibilidade frente às complexidades provocadas pelo acontecer de novos fenômenos sociais, dentre os quais, a globalização, as novas tecnologias, a criminalidade transnacional etc.

Nota-se que o princípio da legalidade ganha relevo em um contexto em que prevalece a ideia de limitação do soberano absolutista e de desconfiança no juiz, o qual deveria se ater em aplicar a lei emanada do Legislador, observando os axiomas liberais da liberdade individual, do devido processo legal, da igualdade, dentre outros.

Com o passar do tempo verificou-se que a noção de juiz boca da lei não foi suficiente para eliminar a discricionariedade e subjetivismo do intérprete, especialmente no que diz respeito ao direito penal. Assim, muito em razão disso, desenvolveu-se a teoria do crime que esboçou vários parâmetros para a definição de uma conduta criminosa. Tais critérios, que se traduzem na dogmática jurídico-penal, objetivam limitar o poder punitivo estatal.

Além do mais, a aplicação da lei penal demanda a compreensão do significado da disposição imprimida no texto, o que levará a presente dissertação à compreensão dos principais métodos de interpretação, passando pela diferenciação entre uma ciência dedutiva e prescritiva de uma área de conhecimento que demanda análise descritiva de dados, isto é, indutiva. Isso será necessário porque todos esses elementos, dogmática penal, axiomas, métodos clássicos de interpretação, linguagem e discursos jurídicos interconectam-se com o princípio da legalidade, a fim de limitar a discricionariedade do julgador.

Mas, veja-se. Está-se a falar de componentes da cultura *civil law*. Como, então, no nosso modelo, ocorre a implementação de ingredientes da família *common law*, que parece

inconciliável com o ordenamento jurídico brasileiro? Essa pergunta será respondida no segundo capítulo, com o revolvimento da tradição consuetudinária desde sua origem na Inglaterra, passando por sua adaptação ao sistema constitucional norte-americano, chegando à sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, no terceiro capítulo, serão detalhadas as estratégias utilizadas para chegar à base refinada, composta por 26 acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos na Terceira Seção do STJ, e as variáveis do modelo teórico-metodológico de Miranda (2023) e Silva (2019), que devidamente adaptadas ao objeto ora estudado, sustentarão as análises quantitativas e qualitativas deste capítulo.

Por fim, este último capítulo se dedica ao diagnóstico da postura do STJ a partir da análise das soluções dadas às questões de direito postas, o fazendo em blocos, por meio dos quais se buscará responder:

1. As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal solucionam apenas controvérsias que decorrem diretamente de interpretação da lei penal? Se não, o crime e/ou a consequência penal foi mantido (a) ou excluído (a) no caso concreto? Qual o fundamento?
2. As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal são fundamentadas pelo ou fazem deferência ao princípio da legalidade? Se sim, por meio de qual desdobramento? Se não, qual o fundamento? O crime e/ou a consequência penal foi mantido (a) e/ou excluído (a), no caso concreto?
3. Na construção da solução da controvérsia posta, foram utilizados métodos clássicos de interpretação ou mesmo aspectos relativos outras áreas de conhecimento como a sociologia, antropologia, linguagem etc.? Se sim, apresentar quais e, se necessário, como se procedeu?
4. Na construção da solução da controvérsia posta, foi utilizada a dedução lógica, a partir de axiomas jurídicos? Se sim, qual o axioma apresentado?
5. O STJ se utiliza das técnicas de superação do precedente (*overruling*)? Se sim, qual modalidade?

Dessa forma, vislumbra-se que, seguindo o roteiro aqui apresentado, o problema de pesquisa será adequadamente trabalhado para que, ao final, dando significado às informações extraídas do panorama de dados levantados, averiguando os padrões decisórios e identificando a linha de fundamentação do Tribunal, seja possível compreender as práticas decisórias no Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação do princípio da legalidade em seus precedentes qualificados em matéria penal.

2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À DISCRICIONARIEDADE

2.1 Princípio da Legalidade e a Teoria do Crime

A perspectiva aqui apresentada abordará os aspectos gerais e específicos das tradições jurídicas *civil law*, notadamente no que tange ao princípio da legalidade aplicado no direito penal, bem como *common law*.

O objetivo desta pesquisa - avaliar como têm sido a interpretação do princípio da legalidade aplicado ao Direito Penal em decisões qualificadas como precedentes no STJ - exige uma análise comparativa entre essas duas culturas jurídicas, que, fundamentalmente, divergem naquilo que alicerça uma decisão judicial. De um lado as decisões judiciais têm por base *stare decisis*; noutra, as decisões legislativas são o fundamento primário de uma sentença.

Necessário se faz mencionar que no direito consuetudinário¹ não há, geralmente, uma Constituição escrita ou codificação de leis, apenas alguns estatutos dispersos, e baseia-se, predominantemente, em decisões judiciais (*stare decisis*), registradas nos tribunais para serem aplicadas a casos futuros e semelhantes. À vista disso, aventa-se um outro ponto de colisão dessa tradição com o sistema *civil law*, pois naquele o juiz exerce um importante papel na criação do direito, da legislação americana e inglesa; enquanto neste, o juiz subsume os fatos às disposições do código respectivo já existente e isso significa que a atuação do juiz é bastante limitada na formação do direito, mormente no direito penal, em que o princípio da legalidade exerce uma função limitadora do poder punitivo estatal.

Embora de herança *civil law*, tal como Portugal, do qual foi colônia, o Brasil parece caminhar para adoção de um sistema² jurídico híbrido, inclusive, no que diz respeito ao direito penal, ramo em que a legalidade estrita assumiu um papel marcante, em especial no conceito de estado democrático.

A ideia da necessidade da existência anterior de uma norma jurídica, por meio da qual se justificaria a punição de uma conduta reprovável pela estrutura social/governamental então dominante, pode ser verificada nos séculos de senhorio exploratório do Império Romano³.

¹ Segundo Silva (2021, p. 52), “o direito inglês, por não ser um direito escrito, ao contrário do que comumente se fala, não é um direito consuetudinário. Ora, os costumes locais na Inglaterra foram substituídos pela *common law*, portanto, um direito jurisprudencial e não consuetudinário”.

² Segundo Merryman e Perez-Perdomo (2018), o termo sistema jurídico está relacionado à existência de instituições, aos procedimentos e regras de sua operacionalização em um país. Mas o termo será aqui utilizado se referindo à tradição jurídica, que se refere à forma de aplicação do direito propriamente dito na solução dos conflitos sociais (Merryman; Perez-Perdomo, 2018). Desse modo, pode-se dizer que cada país tem seu próprio sistema jurídico, que, por sua vez, pode ter adotado a tradição jurídica *civil law*, *common law*, socialista, islâmica ou até mais de uma simultaneamente.

³ Acredita-se que a tradição *civil law* surgiu 450 a. C., com a Lei das Doze Tábuas (O'Connor, 2012).

Durante os anos de 98 a 117 d.C., Trajano era o Imperador romano. Por volta desse período, o general Plínio, amigo do Imperador, foi nomeado governador da Bitínia, na Ásia. Na sua administração, um problema causou-lhe tanta preocupação que se viu impelido a escrever uma carta⁴ ao Imperador, em busca de orientação. E qual era o grande problema que afligia o *status quo* da Bitínia? O crescimento do número de cristãos, contra os quais os “pagãos” faziam diversas acusações.

Nessa carta, dentre outras dúvidas (tomando apenas aquilo que interessa à presente dissertação), o general questionou ao Imperador sobre como deveria proceder em relação a acusações como a de que os cristãos se recusavam, por *inertia*, *pertinacia* ou *obstinatio*, a celebrar os cultos tradicionais de Roma; bem como se somente deveriam ser punidos os culpados que incidissem em crimes previstos em lei, cuja principal acusação de violação era em relação ao *crimen maiestatis*⁵.

Por sua vez, o Imperador respondeu da seguinte forma:

Meu caro [Plínio] Segundo, na instrutória dos processos daqueles que te foram denunciados como cristãos, seguiste o procedimento ao qual devias ater-te. Nem se pode criar uma regra universal que tenha, por assim dizer, um caráter rígido. Não devem ser procurados [os cristãos]. Mas se forem denunciados e se provar que são culpados, sejam punidos, porém de modo tal que aquele que negar ser cristão e o demonstrar claramente, isto é, suplicando aos nossos deuses, embora suspeito no passado, receba perdão pelo arrependimento. Quanto aos libelos anônimos, não devem merecer atenção em nenhuma causa criminal, pois são um péssimo exemplo que não condiz com nosso tempo. (Wildk, 1889, p. 61 - 63 *apud* Boni, 2014, p. 150).

De acordo com Boni (2014), até o ano de 250 não se teve uma lei geral de perseguição aos seguidores de Jesus, filho de José. Durante muitas décadas, os cristãos foram levados a juízo sob a acusação de supostamente terem cometido diversos crimes, e só bem mais tarde o fato de ser cristão foi considerado como digno de punição.

Nesse panorama, é possível inferir que o procurador romano, diante de situação que entendia poder afetar a ordem pública, viu-se, de certa forma, contido em sua atuação jurispunitiva pela noção da necessidade de se observar a legalidade, em que pese as defluências de um regime imperial típico de um Estado autoritário.

Nesse passo, há de se considerar que antes de a jurisprudência romana ser utilizada para solução de conflitos, por pessoas letradas e legitimadas por meio da referência a uma ordem

⁴ “Os rescritos de Trajano, Adriano e Antonino Pio, aqui mencionados, tiveram sua autenticidade posta em dúvida em tempos passados, mas hoje são tomados como autênticos” (Roman, 1981, *apud* Boni, 2014, p. 148).

⁵ O *crimen maiestatis* era uma ferramenta de defesa da ordem pública (Freitas, 2021, p. 192).

comum, os hindus já o faziam mediante o conjunto secular de interpretações dos livros sagrados brâmanes (Costa, 2023).

A propósito, naquele momento, pela resposta do Imperador, parece que a conduta imputada aos cristãos não era tão relevante ao ponto de exigir uma regra criminal universal, isto é, para todo o império.

Hodiernamente, a juricidade ganha desafios cada vez mais complexos. Isso porque a globalização provocou o desenvolvimento da comunicação, derrubou muros e barreiras, floresceu as interações entre países, instituições, pessoas e expandiu o comércio global de *containers*, acarretando transformações econômicas, políticas e sociais em todo o mundo. Ao mesmo tempo, também se desenvolveu a criminalidade transnacional. De modo que temas como terrorismo, tráfico internacional de drogas, armas, pessoas e de órgãos humanos, *cibercrimes* etc., passaram a estar na ordem do dia.

Em virtude disso, está em curso a construção de uma teoria da integração internacional do direito penal. A esse respeito, declara Sieber (2008, p. 275 - 276):

Problemas de avaliação específicos resultam da acima constatada “fragmentação do direito” em diversos ordenamentos jurídicos e complexos normativos, como no nível dos Estados nacionais, da União Europeia, das Nações Unidas e da OCDE. Esses “sistemas com diversos níveis” podem levar a colisões de sistemas normativos diferentes, assim como a contradições de normas ou valorações. Tais colisões encontram-se já na cooperação jurídica clássica, quando o dever de direito internacional público de um Estado em relação a outro, no contexto internacional, e a autorização limitada pela constituição, em contexto interno, são contraditórios. Elas aparecem também nas regras supranacionais no direito penal europeu, que podem contradizer o direito nacional (especialmente, o direito constitucional). Entretanto, esses conflitos tornam-se particularmente evidentes em sistemas jurídicos com fins diversos, como nos casos em que o direito das Nações Unidas (voltado a assegurar a paz) visa impor o congelamento de bens de terroristas em potencial, contradizendo as garantias processuais nacionais e internacionais (voltadas à proteção dos direitos humanos). Uma solução desses problemas concretos conduz a reflexões fundamentais sobre teoria do Estado, princípio da democracia, conceito de direito penal e legitimidade do poder de disposição no direito penal. Apenas sobre essa base pode-se desenvolver uma metanorma que, também nos casos de colisões, determina quais condições democráticas, de Estado de Direito e de direitos humanos uma norma internacional (seja de aplicação ou de criação de direito penal) deva preencher para preceder sobre determinados direitos protetivos nacionais ou regionais.

Nada obstante as pesquisas acadêmicas na seara jurídico-criminal já avançarem na criação de um direito penal internacional, não desconsideram que tal investida perpassa por enfrentar o obstáculo da dogmática penal⁶, que, historicamente, buscou imprimir um método científico ao conceito de crime, a fim de limitar o arbítrio na aplicação do próprio direito penal.

⁶ “As pesquisas científicas podem ser parte dessa dogmática (tendo um peso retórico específico), mas elas não têm como substituir os parâmetros dogmáticos (que não tratam apenas de padrões empíricos, mas também de valores

Nesse norte, há de se destacar a elaboração do conceito de princípio da legalidade e seus desdobramentos.

Quando se fala em princípio da legalidade no direito penal, necessariamente há de se explorar o sistema romano-germânico, sobretudo sua influência na maioria dos estados democráticos, de matriz codificadora, exercida pela reconhecida dogmática jurídico-penal alemã.

O princípio da legalidade pode ser resumido na compreensão de que o juiz está vinculado à lei. No caso, a lei decide por meio do juiz criminal. No entanto, o professor alemão Hassemer (2005, p. 241 - 242) afirma que “as chances de vincular o juiz à lei (e de controlar se ele se deixa vincular) dependem da lei mesma, o que pode não acontecer diante de normas genéricas e imperfeitas”.

Ora, a escolha das condutas que merecem um juízo negativo do Estado, culminando em uma pena, é uma decisão política⁷, que, em regra, visa proteger um bem jurídico⁸ concreto. No caso, a descrição desta conduta (ação ou omissão) proibida na norma é o que a dogmática chama de tipo penal. A propósito, “O direito penal pensa e raciocina por meio de tipos”, (Sauer, 1956 *apud* Brandão, 2014, p. 59).

Nesse ponto, vale destacar:

“O Estado está obrigado a concretizar suas disposições penais, quer dizer, ele está obrigado a descrever objetivamente (*sachlich umschreiben*) a conduta que proíbe: matar, furtar, cometer adultério etc. Ele está obrigado a informar a matéria de suas proibições. Esta matéria de proibição (um conceito procedente do direito natural escolástico) contém a descrição objetiva, material da conduta proibida” (Welzel, 1958, p.56)⁹.

e de critérios decisórios que ultrapassam os limites do discurso empírico das ciências) [...] **O desenvolvimento de modelos normativos não se relaciona com abordagens científicas, mas com os parâmetros dogmáticos presentes na cultura jurídica.** Nesse caso, **a pesquisa segue uma argumentação dedutiva: são fixados os pontos de partida e busca-se mostrar que certas interpretações são incompatíveis com os parâmetros da dogmática**, o que sugere que elas devem ser descartadas como entendimentos técnicos plausíveis. O conhecimento produzido dessa forma não é empírico, mas sistemático-dedutivo: parte-se do pressuposto de que existe um sistema jurídico válido (composto pelos elementos reconhecidos na teoria de fontes da dogmática jurídica: regras, conceitos, princípios, valores, etc.) e busca-se mostrar que certas interpretações são consistentes ou incompatíveis com esse sistema. O resultado típico é um parecer, uma opinião técnico-jurídica, estruturada a partir dos padrões retóricos definidos pelo discurso dogmático” (Costa; Horta; Fugêncio, 2020, p. 22 – 24, grifo nosso).

⁷ Existem propostas de “uma nova cosmovisão das ações que interessam ao direito penal e ao controle penal, em consonância com as necessidades da criminologia do Sul global”. (García; Irala; Pérez-Salazar, 2022, p. 179-199).

⁸ “el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y del tipo. Todo delito amenaza un bien jurídico; el criterio, em ocasiones defendido por Frank, de cabe pensar también em delitos no referidos a um bien jurídico, se encontra hoy superado. No es posible interpretar, ni por tanto conocer, la ley penal, sin acudir a la idea de bien jurídico. Valor y desvalor de una acción se rigen por su tendencia a un determinado efecto social” (Maurach, 1962, p. 253 - 254 *apud* Brandão, 2016, p. 63).

⁹ No original: “Darum muß der Staat seine Strafbestimmungen konkretisieren, d. h. er muß das Verhalten sachlich umschreiben, das er verbietet: zu töten, zu stehlen, zu Ehe zu brechen usf. Er muß die materie seiner Verbote

O tipo penal é composto por elementos objetivos e subjetivos. Estes são formados pelos eventos anímicos, relativos à intenção do agente, ação ou omissão volitiva direcionada a um fim; enquanto aqueles, Toledo (1987, p. 153) ensina que são “todas as circunstâncias da ação típica que não pertencem ao psiquismo, ao mundo anímico do agente”. Tecnicamente, o tipo penal objetivo é formado por seu núcleo (verbo) e o complemento, além da pena cominada¹⁰. Desse arranjo, é possível identificar: o bem jurídico tutelado (conteúdo material); se a conduta se vincula à forma comissiva ou omissiva; os sujeitos ativo e passivo; as circunstâncias, modo e meios de execução¹¹ etc. Tais elementos podem, ainda, ser classificados quanto à sua essencialidade para a consumação do fato.

Nota-se, dessa forma, que a dogmática do tipo penal fornece ao legislador uma série de requisitos para a produção da lei penal. Entretanto, parece haver uma crise no direito penal, uma vez que se verifica, de um lado, copiosos exemplos de má técnica do legislador, e de outro a falta de preparo técnico e político do aplicador (Brandão, 2014).

Acerca disso, é esclarecedor o seguinte dado:

De fato, os textos normativos brasileiros são dotados de um laconismo quase sem precedentes no direito comparado. O furto e o roubo, por exemplo, são descritos em apenas 509 palavras no CP brasileiro, contra 1.163 palavras no CP espanhol, 1.915 no francês e 23.361 na Seção 18 do *US Code*, dos EUA. Nosso direito legislado nada fala sobre o furto de bagatela, nem sobre as características e o momento da ocorrência da violência para a configuração do roubo, deixando tudo a cargo dos tribunais superiores (Giorgi, 2021, p. 388).

Não bastasse isso, modernamente, o princípio da legalidade tem sido mitigado na prática da persecução penal. Destaca-se, nesse giro, a aplicação do princípio da oportunidade¹², o qual, segundo Hassemer (2007, p. 59), permite a reflexão de que a interpretação de uma lei não é apenas sua concretização analítica, mas também uma nova constituição (e, com isso, uma alteração) de seu sentido. Vale ressaltar que, atualmente, a dogmática alemã parece caminhar no sentido da flexibilização dos princípios penais de garantia, dentre os quais o princípio da legalidade, que perde espaço para o direito penal do perigo, bem como para o direito penal do inimigo (Albrecht, 2003, p. 56).

angeben. Diese Verbotsmaterie (ein aus dem scholastischen Naturrecht stammender Begriff) enthält die sachliche, gegenständliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens” (Welzel, 1958, p.56).

¹⁰ Saberemos se uma norma tem natureza penal se ela estiver relacionada à uma consequência (Brandão, 2014, p. 61).

¹¹ Para uma análise conceitual de tipo penal, Brandão (2016).

¹² Nesse passo, Barroso (2010, p. 234), “Um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente, e com prudência e autocontenção em outras situações, para não exacerbar aspectos do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais, vulnerando o princípio democrático”.

Essa compreensão decorre, segundo Giacomolli e Silva (2010, p. 576), do seguinte entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha:

“O art. 103, alínea 2 da Lei Fundamental obriga o legislador a circunscrever os pressupostos de punibilidade de modo concreto, de forma que o âmbito de aplicação e o alcance dos tipos penais resultem do teor da lei ou, em todo caso, possam ser obtidos pela interpretação. Isso não exclui, no entanto, o emprego de conceitos que necessitem em certa medida da interpretação do juiz. Também no direito penal o legislador se encontra diante da necessidade de levar em conta a multiformidade da vida. Além disso, é devido à generalidade e à abstração inevitáveis das normas penais que no caso concreto se torna duvidoso se uma conduta ainda é abarcada ou não pelo tipo legal. Mas, em todo caso, o destinatário da norma deve poder prever a partir do preceito de lei se uma conduta é punível. Em casos limítrofes deve-se reconhecer deste modo pelo menos o risco de uma punição (stRspr, vgl. BVerfGE 92, 1 12)”¹³.

Ao seu turno, tal abertura fundamenta a criação dos chamados crimes de perigo abstrato, por meio dos quais é orientado o direito penal internacional anteriormente referido:

“as categorias jurídicas clássicas diluem-se juntamente das funções de proteção por elas garantidas: a necessidade de prevenção e investigação de pessoas “suspeitas” ou “perigosas” relativiza, em grande parte, “a diferenciação entre reação de direito penal e a defesa policial contra perigo”, conceito central para o direito penal continental europeu, especialmente quando a obtenção de informações no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo não parte de uma suspeita de crime, mas, sim, de um risco de segurança – em parte abstrato” (Sieber, 2008, p. 287).

Nesse mesmo rumo, o Código de Processo Penal belga adotou novos meios de investigações relacionadas com organizações terroristas e outras organizações criminosas, com novas formas de criminalidade, tendo permitido a utilização de provas obtidas ilegalmente, que se tornou admissível com base em importante jurisprudência do *Antigoon da Cour de cassation* de 2003 (Delrée, 2020).

Essa nova realidade, que confronta a teoria da legalidade, vai desaguar na tipicidade, a qual é elemento fundante da dogmática do crime, embora o conceito tenha sido construído por Ernest von Beling somente em 1906 quando já formulados os conceitos de antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade, ao mesmo tempo em que estabelece a relevância penal da ação ou omissão, pois revela a substância da proibição, impõe limite para a aplicação concreta do tipo

¹³ No original: Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. **Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen.** Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar (stRspr, vgl. BVerfGE 92, 1 12).

penal – ou para afastá-lo – em uma sentença (Brandão, 2014), que, neste caso, faz inexistir o crime e, por consequência, não há que se falar em pena.

Nesse escopo, diz-se que a tipicidade adquire uma função sistêmica no direito penal, papel que decorre do princípio da legalidade, consubstanciando-se na relação de subsunção da conduta à descrição constante da própria lei penal (tipo penal).

Dessa forma, verifica-se que, para além do princípio da legalidade, há um conjunto de conceitos e parâmetros que limitam a atuação estatal no exercício do seu poder punitivo.

2.2 Dando sentido à ideia de dogmática - instrumento decorrente da desconfiança no juiz

Para entender melhor a acepção do que seja dogmática, é imperioso fazer menção novamente ao Professor Alexandre Araújo Costa, que ministrou o Curso de Metodologia da Pesquisa no Programa de Pós-graduação em Direito, Regulação e Política Pública – UnB/STJ:

Uma vez que nossas pesquisas indutivas nos ofereceram uma descrição suficientemente rica sobre os objetos que compõem uma população, podemos fazer inferências relevantes sobre essas populações de pessoas (os brasileiros), de processos (as ADIs), de fenômenos (como a fusão nuclear).

[...]

[por outro lado] A maior parte da formação dos juristas, assim como dos médicos e engenheiros, consiste na capacitação das pessoas para o exercício eficiente dessa **prática dedutiva**. Esses profissionais são altamente capacitados para analisar situações particulares complexas e oferecer soluções adequadas, a partir do repertório de conhecimentos disponíveis.

No caso do direito, esse repertório é o que chamamos de dogmática jurídica: um conjunto de parâmetros que viabiliza o exercício de atividades jurídicas como se fossem uma prática dedutiva, que extraia conclusões particulares a partir de certas proposições de caráter geral. (Costa; Horta; Fugêncio, 2020, p. 37 – 40, grifo nosso)

Sendo o direito uma ciência normativa, prescritiva, não descritiva ou explicativa, o juiz, ao realizar o exercício de moldurar a conduta ao tipo penal, o faz mediante dedução, lançando mão de parâmetros técnicos¹⁴ estabelecidos pela dogmática penal, os quais reforçarão o juízo de adequabilidade da argumentação.

Vale sublinhar que a criminologia crítica de viés marxista propõe a inversão dessa lógica liberal das causas individuais do crime, premissa a qual reflete na dogmática penal, que busca a individualização da conduta. Os pensadores jurídico-penais dessa corrente ideológica defendem que os discursos de igualdade legal e livre-arbítrio da teoria do crime tradicional, na

¹⁴ As principais críticas a esse modelo dedutivo da dogmática penal afirmam que a capa de parâmetros técnicos esconde o viés ideológico. A “legislação e dogmática penal estão recheadas do contratualismo burguês, calcado no trabalho assalariado medido pelo tempo e fixando as penas privativas de liberdade como punição por excelência” (Pashukanis, 1989 *apud* Lemos, 2013, p. 65).

verdade, ocultam a função do aparelho penal de reprodução da criminalização de grupos sociais inferiorizados e de perpetuação das relações sociais dominantes (Santos, 2008 *apud* Lemos, 2013, p. 77).

Dessa forma, os radicais sugerem que sejam levados em conta aspectos culturais, sociais, político, econômico etc., para legitimação do poder punitivo. Quando se fala em teoria crítica, em tese, o fim será o ideal de Marx, Engels, Lênin, Trotsky, dentre outros, de alcançar um estado de igualdade plena, despido do capital. Para tal, já se reconheceu a necessidade de medidas extremas, quebrando e suplantando garantias fundamentais da ordem vigente; outros propuseram aumentar a repressão em torno das classes poderosas e despenalização da massa empobrecida; há ainda os que defendem a abolição da pena de prisão (Lemos, 2013).

Assim, o que se vê a esta altura é que, embora a tradição *civil law* tenha a lei por primazia entre as fontes do direito, mais ainda no direito penal que tem por diretriz a legalidade estrita, há uma profusão de ponderações, que, inevitavelmente, influenciam o magistrado, o qual pode vislumbrar uma colossal abertura para atuar conforme seu sentimento ou, muitas vezes, até de forma criativa¹⁵, como ocorre na família *common law*.

Esse é um drama que levou a ciência jurídica a, após vários séculos, proclamar alguns axiomas, que, a partir dos quais seria possível deduzir a melhor solução para o conflito, a fim de limitar esse poder social do juiz.

O termo axioma utilizado aqui vai ao encontro do que afirmam Costa, Horta e Fugêncio (2020, p. 18), no sentido de que os elementos discursivos que formam uma dogmática “não podem ser questionados pelos discursos técnico-jurídicos, e eles não podem ser questionados justamente porque não se trata de “afirmações verificáveis sobre fatos”, mas de parâmetros consuetudinários acerca do que é um discurso jurídico adequado”.

Foi a partir de Aristóteles que o axioma assumiu o sentido de verdades inquestionáveis e indemonstráveis. A mudança no significado do termo ocorreu no século XIX, sendo “operacionalizada fortemente pela convergência do pensamento filosófico Platônico (da dialética e da Lógica convergindo à matemática) ao pensamento matemático (geometria, cálculo-logística, ciência, técnica, a mecânica)” (Paula, 2015, p. 40). Nessa convergência entre a filosofia e a matemática, a linguagem ganhou relevo, permitindo que o termo axioma viesse

¹⁵ Sobre ativismo judicial, segue trecho de artigo do autor da expressão: “Campeões do ativismo judicial e campeões da autorrestrição judicial: juízes substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos; ao contrário, juízes campeões da autorrestrição judicial entendem que a Suprema Corte, em razão da natureza judicial, não deve intervir no campo da política e, por isso, deve agir com a máxima deferência à vontade do legislador”(Schlesinger Jr., 1947, p. 208).

a ser sinônimo de hipótese. Nesse contexto, “denota-se que axiomas são meras hipóteses, porque a Matemática deve estar livre de todas as opiniões (metafísica ou empírica)” (Duhem; Hilbert, 1954, p. 19 *apud* Paula, 2015, p. 44).

A acepção do termo axioma como hipótese (embora haja uma tendência de atribuir-lhe o sentido de “verdade”) é perfeitamente cabível na ciência jurídica e não diminui o papel da dogmática no direito, ao contrário, corrobora-a. Diz-se que “uma teoria científica “axiomatizada” parte sempre de um mínimo de pressupostos; daí que, por meio de um sistema dedutivo, permite-se a inferência do máximo possível de consequências lógicas” (Paula, 2015, p. 46).

Exemplificando: sendo A um símbolo numérico, então $A + 1 = 1 + A$. Essa é uma verdade universal, cuja negação não é possível segundo nossa perspectiva finita. Mas, tal afirmação deve ser interpretada apenas como um juízo hipotético que se sustenta para o caso em que um símbolo numérico nos é dado. Ou seja, a hipótese é verdadeira se observados certos parâmetros definidos anteriormente. Agora, imagine-se um indivíduo que causa a morte de outrem. Essa ação de natureza descritiva penal pode ser avaliada como criminosa ou, ao contrário, como comportamento justificado por juízo de valor subjetivo. Ou seja, no direito, talvez mais que em qualquer outra área de conhecimento, os axiomas são hipóteses que podem ser verdadeiras em uma situação particular.

Considerando que um axioma é uma espécie de síntese (Aleksandrov, Kolomogorov e Lavrent'ev, 1999), veja-se esses dois axiomas comuns no atual estágio da ciência jurídica, presentes tanto na tradição *civil law* quanto na *common law*: (1) para se ter uma querela, há de existir pelo menos duas pessoas; (2) o terceiro chamado pelas partes para solucionar a crise deve ser imparcial.

Ser imparcial pode significar muitas coisas. Pode significar não ser arbitrário, por exemplo. Atualmente, levando em conta o edifício dogmático construído sobre esses axiomas, o que pode ser deles facilmente deduzido, assumindo-os por verdadeiros (pelo menos onde se adota as culturas jurídicas aqui estudadas), é que o sentimento do terceiro, por si só, não é confiável para decidir quem tem direito ou, sendo eufemístico, não é suficiente.

Essa é uma conclusão lógica, não somente pelo que Bonesana (1764, p. 33) escreveu:

Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente das opiniões. Esta verdade, que parece paradoxal às mentes vulgares, mais abaladas por pequenas desordens presentes do que pelas funestas, mas remotas, consequências que nascem de um falso princípio radicado numa nação, parece-me demonstrada. Nossos conhecimentos e todas as nossas idéias têm uma recíproca conexão. Quanto mais são complicados, mais numerosas são as estradas que a eles levam e deles partem. Cada homem tem seu

ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem.

Mas também porque a desconfiança no juiz afirma, em última análise, a existência da dogmática penal e da ideia de vinculação do juiz à Lei e aos *stare decisis*.

No Brasil, o princípio da legalidade aplicado ao Direito Penal sempre esteve presente nas suas constituições, tenha sido ela outorgada ou promulgada. A título de exemplo, na Constituição do Império, de 25 de março de 1824, outorgada por Dom Pedro I, assim dispunha sobre o princípio da legalidade:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por *ella prescripta*.

Já a Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe a previsão do princípio da legalidade em seu art. 5º, inciso XXXIX, nestes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Mais que isso, o princípio da legalidade é qualificado como um direito e garantia individual fundamental, sendo assim protegido de proposta de emenda tendente a aboli-lo, conforme prevê o art. 60, § 4º, IV, da CF.

O princípio da legalidade recebeu *status* de primeira grandeza nos países onde se adotou o sistema *civil law*, notadamente no pós-revolução francesa com o estabelecimento do *rule of law* (Barboza, 2022, p. 1477).

Nesse contexto, na França, houve uma grande preocupação em limitar o Poder Judiciário, tendo em vista que decidia contrariamente aos cidadãos e a favor do monarca (Barboza, 2022, p. 1476). Isso ocorreu em um momento em que se suspeitava do juiz, pois poderiam ousar tentar recuperar, conforme diz Fioravanti (2004 *apud* Barboza, 2022, p. 1477), o “protagonismo perdido aumentando desmesuradamente seu poder de interpretar a lei”.

Desse cenário deriva o princípio da legalidade, que visa proteger certos direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade, à vida, de arbítrio dos juízes, inicialmente para eliminar subjetivismos.

No ponto, Kircher (2017) disserta sobre o princípio da legalidade penal, a partir do qual descreve quatro desdobramentos. O primeiro deles é a exigência de exclusividade da lei escrita (formal) para a estipulação da incriminação e da punição em matéria penal, sendo esse

um dogma radical¹⁶; o segundo é a vedação da retroatividade da lei penal quando prejudicar o réu; o terceiro corolário é a utilização da técnica legislativa, buscando sempre que possível a descrição precisa e fechada da conduta proibida, isto é, fala-se aqui do subprincípio da taxatividade; por fim, deriva do princípio da legalidade a exigência de lei estrita, no sentido de ser defeso a criação de normas incriminadoras ou que se agrave a pena por meio da analogia.

Entretanto, o estabelecimento do princípio da legalidade não alcançou seu intento de estabelecer a figura do juiz boca da lei como se prometia, pois, mesmo na lei penal há lacunas que demandam interpretação do julgador. Sabe-se que é impossível ao legislador uma predeterminação absoluta de sentido aos textos jurídicos, seja por não dominar a técnica de elaboração do texto normativo, seja em razão da evolução das complexidades das relações sociais, dentre outros motivos, pelo que, acaba utilizando conceitos abertos (Kircher, 2017).

Contra a interpretação discricionária foram criados e utilizados vários instrumentos de controle. De acordo com Glissen (1986), a codificação buscava a segurança jurídica de modo mais abrangente, além de tornar o direito mais conhecido da população. Destaca, porém, que, apesar das boas intenções, os códigos precisavam de estudiosos para serem interpretados.

Assim, em que pese as barreiras impostas pelo princípio da legalidade, verifica-se um vasto espaço para atuação do juiz, permitindo-lhe exercer o poder de interpretar a lei, bem como escolher a melhor forma de aplicá-la ao caso concreto, inclusive, preenchendo suas lacunas mediante utilização de alguns dos métodos interpretativos indicados nos manuais jurídico-didáticos. Isso é o que se chamou atuação discricionária judicial. Mas não era justamente para eliminar a discricionariedade judicial, em especial no direito penal, que se deu a construção do princípio da legalidade?

Rocha, L. M., (2021) descreve que a discricionariedade judicial foi fundamento da principal crítica feita ao positivismo normativo (corrente para a qual tal disposição é fatal), porquanto confere ao juiz o poder de interpretar a lei no momento da aplicação do direito.

Nesse panorama de desaprovação à possibilidade de atuação discricionária do juiz, Dworkin (2011, p. 139) entende que “o direito é um sistema de regras e princípios capaz de assegurar “uma resposta correta” até mesmo para os casos difíceis, não sendo necessário que o juiz se imiscua da função de legislador”. Ademais, “defende a diferenciação entre direito, moral e política e, justamente por isso, o juiz também não pode assumir as atribuições de criador de leis, pois inevitavelmente começaria a aderir a argumentos políticos em suas decisões, o que, conseqüentemente, implicaria discricionariedade”.

¹⁶ Expressão de Neves (1984 *apud* Kircher, 2017, p. 314 - 315).

Acrescente-se que, para o referido autor, as decisões judiciais devem ser pautadas pela integridade e coerência, conceitos orientados por princípios e pela jurisprudência. Entretanto, “a integridade e a coerência do direito, conferida pelos princípios, não foram suficientes para conter os impulsos subjetivistas dos aplicadores do direito” (Rocha, L. M., 2021, p. 17).

Quanto ao mais, vale acrescentar afirmação de Grau (2006, p. 40), segundo a qual, “ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros”.

Dessarte, a discricionariedade judicial não é passível de ser eliminada, mas apenas controlada por parâmetros de legalidade e jurisdicionalidade. Outrossim, constata-se que limitar a discricionariedade do juiz é um objetivo buscado na tradição *Civil Law*, em especial no que diz respeito ao Direito Penal.

Imperioso dizer ainda que, atualmente, tal fim não ocorre somente por desconfiança no juiz, que, no passado, mantinha relações estreitas com o monarca absolutista, mas também por faltar-lhe legitimidade e por dever de atuar sempre no sentido de proteger o indivíduo do poder punitivo estatal, que sempre pende para o arbítrio.

2.3 Embate contra a Interpretação Discricionária – dos métodos de Interpretação à linguagem como elementos da necessária motivação

Segundo Maurach (1962 *apud* Machado, 1974, p. 136), “a interpretação é o processo pelo qual se enchem de valor os preceitos jurídico-penais”.

Nesse rumo, preceitua Machado (1974) que, para se atribuir alguma relevância penal a um fato, costuma-se enxergar a interpretação de três formas: pelo órgão de onde provém a norma; pelos meios a serem empregados e pelo resultado granjeado.

No caso, a origem da interpretação pode ser legislativa (chamada de autêntica), como é o caso das normas explicativas¹⁷; judicial, caracterizada pela interpretação da norma aplicada a um caso concreto, cujo conjunto de decisões reiteradas no mesmo sentido forma a jurisprudência, momento em que se torna um precedente persuasivo, podendo converter-se em súmula; ou doutrinária, sem valor geral ou particular nem normativo, dizendo respeito à *comunes opinio doctorum*.

Quando a metodologia para se interpretar leva em conta os meios empregados, pelo menos dois caminhos podem ser percorridos, a análise linguística (interpretação literal,

¹⁷ Exemplo de norma explicativa: Art. 24 do CP - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

gramatical) da norma ou a interpretação lógica (teleológica). A primeira faz uso da semiologia para buscar o sentido das palavras; ao passo que a interpretação teleológica ou lógica se apegue à razão de ser da lei, sua finalidade, o que propriamente pretende proteger, além do que é sistematizada em cinco elementos, quais sejam, o dogmático ou sistemático, o histórico, o direito comparado, o extrajurídico e o sociológico (Machado,1974).

Por outro lado, a interpretação pelo resultado, desdobra-se em declarativa, restritiva e extensiva, sendo que esta última conflita com o princípio da legalidade aplicado ao direito penal, quando flerta com a analogia *in malam partem* (Machado,1974).

Observa-se, contudo, que, seja qual for o método de interpretação utilizado, sobretudo o constitucional ou a interpretação sistemática – que leva em conta o ordenamento jurídico como um todo -, o elemento subjetivo estará sempre presente. Nesse diapasão, porém, segundo Streck (2009, p. 137 - 138):

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático.

[...]

Numa só palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos.

Não tem sentido delegar para o intérprete-juiz a resolução de casos difíceis (aliás, como se fosse possível identificá-los *prima facie*). Essa delegação positivista é, antes de tudo, ilegítima. Mais do que isso, a discricionariedade delegada ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito.

Nessa perspectiva, “a única limitação exigida do julgador para interpretar a lei no momento de proferir a decisão judicial passa ser a motivação, fornecendo ao juiz uma ampla liberdade de agir a partir das provas colacionadas, sob a máxima *non quod est in actis non est in mundo*” (Mezzalira, 2022, p. 337). Nesse giro, vale destacar dicção de Baltazar (2009 *apud* Mezzalira, 2022, p. 337), no sentido de que “não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato”.

De seu turno, ante a falibilidade e incongruência dos chamados métodos de interpretação, buscou-se a superação do dogmatismo, vislumbrando a conexão do direito com outras ciências, notadamente com a da linguagem. Nesse rumo, de acordo Mezzalira (2022, p. 348), “a teoria waratiana possibilita compreender de forma efetiva o motivo pelo qual existe uma diferença aberrante entre o que diz a lei e o universo interpretativo realizado/mantido pelo Poder Judiciário”.

Mas como os métodos de interpretação podem levar o intérprete a erro?

Exemplificando.

Pode-se dizer: - a defesa vai usar a melhor estratégia em pró de seu cliente.

Ora, mas o juiz pode, também, lançar mão do método de interpretação que melhor atenda à sua “íntima convicção”.

Desse modo, a motivação do *decisum* na aplicação da justiça não será alicerçada em uma base racional advinda do ordenamento jurídico, mas subjetiva e discricionária.

Outro ponto a ser levado em consideração é a diferença entre o texto prescritivo e o direito, pois este está relacionado à interpretação vigente, a qual deve ser reconhecida na aplicação daquele (Guastini, 2010).

A partir dessa dedução, parece haver um movimento que busca por métodos hermenêuticos tendentes a proporcionar a interpretação mais correta aplicável ao caso concreto, em meio a tensões internas existentes no direito penal, consubstanciadas em bifurcações como abolicionismo e defesa social; minimalismo e extensão do direito penal; garantismo e direito penal do inimigo; ou filosofia moral e pragmatismo.

É certo que “a divergência interpretativa é inevitável em um sistema multicêntrico, [...] [razão pela qual se] exige o desenvolvimento de parâmetros capazes de definir quando uma decisão política ou jurídica pode ser considerada como válida” (Costa, 2023, p. 96).

Nesse horizonte, Moura (2014), com base na teoria de Gadamer (2013), afirma que “a tarefa da atividade hermenêutica é defender o sentido razoável do texto contra toda imposição” e que, no processo de interpretação, “a compreensão é um processo infinito em que (a) vão se eliminando sempre novas fontes de erro, (b) filtrando-se todas as distorções do verdadeiro sentido, bem como (c) identificando novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas”.

Assim, para Gadamer (2013 *apud* Moura, 2014), a interpretação não é a aquisição de informações, mas sim a determinação das possibilidades projetadas na compreensão. Em razão disso, a linguagem assume papel fulcral, de modo que a função da hermenêutica passa a ser a de desvendar as condições de validade e verdade do discurso, o que se realizaria na análise de suas três esferas: a sintática, a semântica e a pragmática.

Vê-se, portanto, que a ideia da chamada escola realista¹⁸ caminha no sentido de que a interpretação deve perseguir a vinculação do direito ao caso concreto, sendo o discurso jurídico,

¹⁸ “A visão realista – ou cética – do direito se contrapõe à visão formalista, de que o direito, na forma de leis e precedentes, seria o determinante fundamental de desfecho de casos particulares [...] Por outro lado, na visão realista, a solução dos casos passa pela ideologia política dos magistrados, pois o direito seria excessivamente

exteriorizado pela linguagem, avaliado a partir das hipóteses que passaram no filtro do processo de compreensão.

Ora, a linguagem tem uma conexão umbilical com a obrigatoriedade de fundamentação de qualquer decisão judicial. Nesse passo, necessário trazer à colação lição de Divan (2021, p. 707 – 708, grifo nosso) sobre o art. 315, § 2º, do CPP:

O conjunto de regras exibe algo como um *checklist* de boas práticas na composição decisória - com tom claramente de **servir à compreensão e possibilidade de refutabilidade** de seu conteúdo, focando em bloquear o uso de paráfrase de texto normativo sem qualquer explicação ou adjunção de aplicabilidade ao caso em julgamento como um bisonho argumento *per se* (inciso I); em **coibir** o uso de pilares argumentativos calcados em **expressões vagas ou indeterminadas** cuja relação com o caso não se mostre evidente (inciso II); em **barrar** a utilização de *standard* essencial de motivação de **tom genérico** que não se preste à particularização do caso, senão que pode ser acoplada a qualquer decisão em processo similar (inciso III); e em **impor** tarefa para que a decisão **enfrente todos os argumentos** veiculados no processo capazes de inferir justificação contrária, combatendo assim um viés lacunar quanto à discussão essencial (inciso IV).

No entanto, afinados com a questão da novel importância que a operacionalidade dos precedentes na esfera processual passa a angariar, não apenas um, mas dois desses incisos fazem referência à questão, sendo que o primeiro (inciso V) **veda a invocação de artifício de precedente (súmula ou mesmo coletânea jurisprudencial) que não guardar relação de ajuste de fundamentos relativos ao caso em questão - não bastando a menção superficial à temática enquanto premissa maior**. O segundo (inciso VI) destina-se nuclearmente à discussão aqui invocada, vez em que **obriga a uma fundamentação reversa para quando o *decisum* terminar por não seguir o precedente consagrado na temática e invocado pela parte, sem comprovar que haja sua superação ou que há particularidade distintiva**, no caso, que desvia de seu cerne.

Vê-se, portanto, que se considera uma decisão fundamentada aquela que consegue estabelecer uma íntima conexão entre uma norma abstrata e um caso concreto. Nesse rumo, Pedron (2017) articula que a fundamentação exige do Magistrado um pensar pela correção na elaboração da resposta ao conflito posto diante de si, sendo impulsionado pelo contraditório a buscar a tese adequada por meio de raciocínio lógico-jurídico-argumentativo.

Por essa senda também Nunes, Pedron e Bahia (2016, p. 193):

“Hércules [metáfora para juiz] deve convencer a sociedade que confiou aquele caso ao seu julgamento que fez o melhor que podia – sua decisão tem a pretensão contrafática de ser a única resposta adequada ao caso não apenas pelo esforço hermenêutico mencionado, mas também porque o juiz deverá tomar o caso dentro das particularidades do mesmo e não com um “*standard*” e um tema”.

incompleto, a ponto de que o leque de argumentos jurídicos disponíveis seria capaz de justificar qualquer tipo de decisão” (Castro, 2017, p. 60).

Esse cenário permite-nos voltar a Aristóteles, que, ao mencionar quatro tipos de discursos, atribui a cada um deles graus diferentes de confiabilidade (Pereira Jr.; Almeida; Machado, 2020). Dessa forma, segundo Aristóteles tem-se a poética, a retórica, a dialética e a lógica.

A propósito, confira-se as diferenças entre os tipos de discursos referenciados:

O **discurso poético** é o mais abstrato dos discursos, utiliza-se principalmente das sensações e da imaginação e trata sobre o que é possível ou acreditável; a **persuasão** e o **convencimento** são os objetivos do **discurso retórico**, que apresenta maior nível de credibilidade se comparado com o poético, pois almeja mover a vontade de outrem em uma direção e para isso apresenta crenças comuns, verossímeis, a fim de forjar uma crença firme; [...] já o **discurso dialético** apresenta como finalidade provar as informações obtidas, utiliza-se de rigor racional para encontrar verdades e erros nas proposições e medir a probabilidade dos enunciados [...] averigua as razões dos diversos discursos e os confronta com objeções ao encontro de verdades; O **discurso lógico** não busca o verdadeiro, apenas pressupõe dados como reais e analisa se as premissas estão encadeadas para demonstrar a veracidade das conclusões [e, embora seja] o mais exato dos discursos, não encontra necessariamente a realidade, somente a estrutura lógica das teses, que pode ser “certa”, mas mentirosa, se as premissas forem falsas. (Pereira Jr.; Almeida; Machado, 2020, grifo nosso)

Pois bem. Não há dúvidas de que no discurso propriamente jurídico de uma decisão judicial podem ser encontradas características da poética e da retórica, entretanto, tais traços não devem prevalecer sobre os discursos dialético e lógico, sobretudo quando a solução da querela exigir uma consequência reparadora ou penal, pois demanda maior grau de certeza. Isso porque, de um lado “A confrontação argumentativa serve para a depuração necessária à sedimentação do *decisum*. Por outro, a lógica dessa argumentação avaliza a fundamentação que teria dado suporte ao julgamento” (Pereira Júnior; Almeida; Machado, 2020).

Entre idas e vindas, vê-se que se percorreu um longo caminho e não se definiu o método suficientemente adequado de interpretação. Já se concluiu pela insuficiência da teoria jusfilosófica do positivismo; tentou-se resgatar o valor teórico e do direito, no sentido de que se deveria decidir levando em conta os aspectos filosóficos, políticos, sociológicos, linguísticos, antropológicos etc., tendo em vista as causas, os custos, as consequências; e, sob o argumento de que os métodos de interpretação clássicos não seriam suficientes para eliminar o elemento subjetivo do aplicador da lei, defendeu-se que deveriam ser completamente abandonados, quando da prática de dizer o direito e, em razão disso, verificou-se uma oposição à interpretação puramente dogmático formalista.

No passado, quis-se dar uma suposta exatidão científica aos métodos tradicionais de interpretação. Isso jamais acontecerá. Simplesmente pelo fato de o direito ser uma ciência dedutiva prescritiva. Na tradição *civil law*, parte-se de alguns axiomas de alcance geral, que

alçaram elevados níveis de consenso, para se chegar à hipótese de solução de uma lide interpartes considerada mais correta e justa.

Aliás, vale exemplificar esse ponto com um axioma, citando Krell (2014, p. 298), “A vinculação legal dos agentes públicos somente pode ser estabelecida racionalmente por meio de uma metódica que garanta que casos iguais sejam tratados de maneira igual, mantendo-se a isonomia na aplicação do Direito”.

Dessa forma, tem-se que o resultado menos questionável não é aquele obtido a partir da interpretação técnica formal da lei nem por meio do sentimento altruísta ou da opinião supostamente racional do magistrado (embora no final das contas ter-se-á sempre uma opinião/ hipótese), seja na tradição *civil law* ou na *common law*. A propósito, as “exageradas críticas que alegam a absoluta contingência e imprevisibilidade da interpretação de textos legais levam à descrença de muitos profissionais em relação a seu ofício, abrindo, inclusive, os portões para julgadores nada neutros” (Krell, 2014, p. 301). Nesse universo, muitos “se aproveitam do discurso da falta de vinculação do intérprete à lei para perseguir os seus fins políticos, ideológicos ou econômicos” (Hochhut apud Krell, 2014, p. 301).

Um das premissas que parece ter consenso é a busca pela contenção do subjetivismo do intérprete, viabilizando seu autocontrole e norteando sua ação para trilhas previsíveis e seguras. Ora, esse é objetivo do método e dos seus padrões desenvolvidos, de modo a permitirem um controle aos aplicadores do direito.

Diante disso, é forçoso concluir que “a forte influência da filosofia da linguagem sobre a teoria da interpretação (“giro linguístico”) não causou o abandono dos métodos jurídicos, mas apenas o seu reposicionamento no sistema teórico dominante” (Krell, 2014, p. 304).

Isso quer dizer que, em um processo de construção de uma decisão judicial não se deve afastar a metodologia clássica, a qual disponibiliza os tipos gramatical, sistemático, histórico e teleológico, podendo ser complementares entre si¹⁹. Contudo, um resultado satisfatório, racional (não verdadeiro, mas mais certo e seguro), depende de outros aspectos como a dialética (que permite o contraditório, no sentido mais amplo possível, por meio da publicização das decisões judiciais) e a lógica (que elimina as contradições). Em virtude disso, a “ciência, na visão do filósofo, não pergunta como alguém chegou a seus resultados, mas apenas se interessa pelos argumentos capazes de ser analisados e questionados por qualquer um que tenha conhecimentos suficientes na respectiva matéria” (Krell, 2014, p. 315).

¹⁹ De acordo com Costa (2023, p. 125), “No caso do direito, precisamos abandonar as ilusões da dogmática acrílica, mesmo que a sua transmissão constitua a espinha dorsal da estratégia de segurança jurídica, ao produzir juízes movidos por um *habitus* compartilhado”.

Assim, espera-se que a valoração argumentativa (indicação das razões) contemple o consenso mais consistente. Não por outro motivo, Posner (2012, p. 213) defende que questões polêmicas devem ser resolvidas pelo processo democrático.

3 STARE DECISIS

3.1 Precedentes como Fonte Primária do Direito Penal

A mitigação do sistema *civil law* há muito já existe no Brasil, pois decisões judiciais proferidas pelos tribunais, os chamados “precedentes” persuasivos, serviam e ainda servem para fundamentar outras decisões judiciais, notadamente para manter, reformar ou anular entendimentos exarados pelas instâncias ordinárias. Aliás, com a evolução dos sistemas informáticos permitiu-se o acesso à pesquisa de jurisprudência de forma direta, sem a necessidade de buscá-la nas obras doutrinárias, de modo que, os tribunais têm norteado seus julgados com “base jurisprudencial, o que vem conferindo uma utilidade prática imensa ao domínio dos precedentes” (Costa, 2023, p. 21 - 22). Essa assertiva foi corroborada em pesquisa de Marcio Evangelista, que, por meio da análise de 46 julgados da Terceira Seção, constatou que 93% dos votos utilizaram-se de precedentes como fonte da fundamentação (Silva, 2020).

A propósito, segundo Silva (2021), somente em 1850 o Brasil criou suas primeiras legislações e sistema judiciário, sendo que, para respaldar com segurança jurídica a solução de muitas das demandas apresentadas, utilizou-se os “assentos” de Portugal e da Casa de Suplicação do Brasil, que passaram a ter força de lei no ordenamento jurídico, isto é, sua observância se tornou obrigatória.

Prossegue Silva (2021), aludindo a um tipo de julgado que lembra o atual Incidente de Assunção de Competência, os **prejudados**, os quais ganharam a condição de precedente vinculante. Veja-se:

Retornando à história do sistema de precedentes no Brasil, em 1891, diante da instalação do Supremo Tribunal Federal, o modelo de justiça adotado se aproximou do vigente nos Estados Unidos, em especial quanto ao cabimento de recurso contra acórdãos que expressavam divergência na interpretação de leis federais, ou seja, procurava-se controlar a distribuição da justiça professada pelos órgãos inferiores “na tentativa de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito pátrio”. Posteriormente, em 1923 foi criado o mecanismo do “prejulgado” com o intuito de que uma questão jurídica controvertida nos órgãos fracionários dos tribunais fosse julgada em plenário com todos os membros e, assim, evitar interpretação divergente. Em 1936 tal instituto foi reforçado como técnica processual para evitar “os males da contradição entre julgados no âmbito de todas as cortes de justiça brasileiras”.

[...]

Continuando, a edição de um Decreto 326 determinou que o “prejulgado” teria que ser respeitado, ou seja, tinha força obrigatória, confirmando a aplicação do sistema de precedentes na história do Brasil. Com efeito, o decreto previa que o “prejulgado” é “norma aconselhável para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se idêntico procedimento de instalação das câmaras reunidas”, ou seja, tinha, o “prejulgado”, intuito de uniformizar a interpretação judicial.

A princípio poder-se-ia dizer que o “prejulgado” possuía somente força ética do respeito ao precedente, mas, pela leitura da legislação, conclui-se que a força era obrigatória, já que o desrespeito do “prejulgado” ensejava o cabimento de recurso de revista, ou seja, o “prejulgado” era “revestido de força vinculante”.

Acrescente-se que, ao contrário do direito costumeiro americano, que pressupõe o controle difuso, nosso modelo constitucional permite também a adoção de controle abstrato de constitucionalidade, a partir do qual o entendimento/regra generalizável formado não decorre necessariamente do caso concreto ou de seus fatos particulares (Melo, 2016).

Avançando para o século XXI, para reforçar a tendência, a Emenda Constitucional 45/2004 criou os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, que é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo este regulamentado pela Lei 11.418/2006, que também criou o procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

No entanto, no Direito Penal, a doutrina classifica a jurisprudência como fonte formal mediata, que sequer vincula as demais cortes ou mesmo os juízes singulares (Barboza, 2018).

Tudo muda com o novo CPC, uma vez que seu art. 927 estabelece quais as decisões judiciais são qualificadas como precedentes. Dessarte, são de observância obrigatória

as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A pergunta que se faz é: O sistema de precedentes adotado pelo novo CPC seria compatível com os princípios de Direito Penal, regido pela tradição *civil law* da legalidade estrita?

Segundo Silva (2021), “pode-se afirmar que o impacto do novo Código de Processo Civil é inegável e transpassa a área cível, alcançando as demais áreas do direito, inclusive e em especial, ao direito penal e processual penal, cuja igualdade, certeza e segurança jurídica são vetores importantes”.

Afigura-se que o legislador, no mínimo, aponta para essa direção ao editar a Lei nº 13.964, de 2019, que incluiu o parágrafo § 2º ao art. 315 do CPP, cópia do exata do art. 489, § 1º, do CPC:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

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.

Nesse ângulo, com a redação do § 2º do art. 315 do CPP, há uma clara intenção do legislador de reforçar a segurança jurídica para o indivíduo. Nessa trilha, Kircher (2017) defende o acolhimento do sistema de precedentes como mais um instrumento de promoção da liberdade como regra e da isonomia.

Outro bom ponto de contato nessa direção foi apresentado por Aquino (2021, p. 846, grifo nosso), ao afirmar que “as decisões proferidas no âmbito criminal, ainda que apliquem precedentes, devem ser construídas à luz do caso concreto, observando todas as particularidades que lhes são próprias, **para que os axiomas do garantismo possam ser concretamente observados**”.

A propósito, tal como a legislação, os precedentes devem ser aplicados com base na dialeticidade e na lógica, a fim de operacionalizar a jurisdição de forma racional e correta.

Nessa linha de raciocínio, pode-se falar em convergências entre o princípio da legalidade - fundamento sobre o qual se assenta a tradição *civil law* – e a cultura de precedentes, mas não de substituição daquela por esta. Essa também é a percepção de Silva (2021), concluindo que ambas as tradições têm o mesmo fim, a justiça, porém, sob técnicas distintas.

Diante desse contexto, contudo, não se poderia deixar de apontar as ressalvas a esse modelo híbrido que se constrói no Brasil. Autores como Streck (2018, p. 68 - 69) criticam: “o que se busca pela teoria dos precedentes é a troca da figura do juiz boca da lei por “juiz-desembargador boca dos precedentes à brasileira”; ou como resume Marinoni (2010, p. 133): “as lógicas das tradições de *civil law* e de *common law* são absolutamente contrárias”.

Talvez, a resposta ao problema que se apresenta nessa ideia de se entender as duas tradições como complementares pode estar no processo de construção de cada uma das duas tradições jurídicas, as quais têm por base as convenções culturais e sociais adotadas por cada povo. Além disso, é possível verificar que cada cultura nunca existiu de forma pura nas nações onde foram perfilhadas, bem como sofreu vários ajustes e transformações até adquirirem alguma estabilidade. Aliás, de acordo com Silva (2021), atualmente, há uma aproximação entre as culturas *civil* e *common law* no direito inglês, pois hoje lá existem muitas leis, códigos, de modo que o sistema de precedentes vinculantes também já atua na interpretação de leis.

3.2 Common Law – Sua origem anglo-saxônica

Vejamos agora o caso da *common law*, que, originalmente, significa o direito comum a todo reino da Inglaterra.

Ao contrário da Europa continental, a jurisdição real nas ilhas britânicas manteve-se estável ao longo da história. Ramos (2000) explica que, ao ser coroado rei, William I, em 1.066, deu continuidade à obra dos reis anglo-saxões, especialmente do rei Edward, que reinou entre 1.042 e 1.066, confirmando suas leis²⁰, a partir de quando se criou a tradição de, nas cerimônias de coroação, confirmarem-se as leis dos monarcas anteriores. Além de não rescindir com a cultura política e administrativa de seu antecessor, que era amado pelo povo, a ilha inglesa era formada por pequenos feudos e médias propriedades, diferentemente dos grandes latifúndios existentes na Europa continental, hoje equivalentes a países. Isso facilitou a consolidação da monarquia normanda, uma vez que o pequeno senhor feudal não tinha força, sua estrutura era direcionada à subsistência, e não conseguia formar um exército para fazer frente ao Rei. Ademais disso, o rei não dependia de estabelecer relações políticas com o Clero, por exemplo, para legitimar sua autoridade²¹.

Por sua vez, a jurisdição real percebeu logo cedo os elevados custos de estabelecer Cortes reais em toda a ilha. Em razão disso, manteve os Tribunais reais em Londres, exercendo a jurisdição excepcional, mediante os *writs*. Além do mais, “os ingleses criaram juízes itinerantes – designados por nomes diversos, tais como *justices*, *justiciars* ou *sheriffs* – encarregados de visitar os condados e fiscalizar a forma como a justiça vinha sendo administrada pelas fontes. Quais fontes? A justiça popular e a justiça senhorial” (Ramos, 2000, p. 10).

Destarte, compreende-se que existia a competência do senhor feudal dentro de seu território, que, aliás, a “intervenção da autoridade real nos assuntos de sua competência parecê-lhes, a eles e aos seus súditos, tão intolerável e contrária à ordem natural das coisas como aos proprietários de hoje parecerão certas medidas de intervenção do Estado ou de nacionalização, com desprezo pelo direito sagrado que é, aos seus olhos, a propriedade” (Ramos, 2000, p. 11).

Ao seu turno, as demandas sucedidas nos vilarejos, eram resolvidas pelos júris (conselho de sentença), que eram permitidos pelos tribunais de Westminster. A propósito, esses casos eram presididos pelos *sheriffs* itinerantes (únicos especializados e letrados o suficiente), os

²⁰ “Leis” aqui tem o sentido de regras e determinações da Coroa estabelecidas pelo costume.

²¹ Nesse contexto, com o tempo os senhores feudais perceberam que precisavam associarem-se, resultando na imposição ao rei de uma Carta de princípios: a Magna Carta *Libertarum*. Segundo Ramos (2000), a associação entre os senhores feudais ingleses tornou-se permanente com o tempo. Não foram poucos os reis ingleses que tentaram burlar os compromissos assumidos por seus antecessores.

quais não se imiscuíam no direito material aplicado pelo povo em cada caso e observavam a mais estrita igualdade entre as partes. Importa dizer que esse é um aspecto que ocorre, inclusive no que diz respeito ao direito penal inglês, no qual não se obriga a previsão do tipo penal descrito em uma lei escrita, pois há uma cultura arraigada no povo da responsabilidade individual daquilo que é certo ou errado, com base em normas anteriores produzidas pela comunidade por meio da justiça popular (Ramos, 2000).

As decisões mais relevantes eram centralizadas pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Por relevante entende-se questões como as finanças, propriedade imobiliária e crimes graves relacionados à paz do reino. Para impugnar as decisões das Cortes Reais, recorria-se ao Rei, que, por sua vez, poderia reformar a decisão e conceder uma espécie de indulto (Barboza, 2018). Obviamente, o mínimo que se poderia esperar era o aumento das petições ao Rei. Logo, estabeleceu-se a função do Conselheiro do Rei (*chancellor*), que, em nome do Rei, recebeu o poder de decidir diferente do direito, tal como nas decisões do *common law*. Cria-se, assim, “um Tribunal paralelo ao *common law*, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*)” (Merryman *et al.*, 2007 *apud* Barboza, 2018, p. 1459). A esse conjunto de regras jurídicas chamou-se *Equity*, cuja ordem (*writ*) era concedida para solucionar o conflito ao se encontrar o remédio processual adequado (Barboza, 2018).

Sobre o ponto, insta destacar explicação de Silva (2021), que aponta cinco períodos históricos do direito inglês, período anglo-saxônico; a conquista normanda; rivalidade com a *equity*; e, por fim, o período que se inicia com *The Constitutional Reform Act 2005*:

O terceiro período do desenvolvimento do direito inglês trata da rivalidade com a *Equity*, a qual ocorre devido a uma encruzilhada que a *common law* se encontrava, pois, com o formalismo, a existência “da rotina dos homens das leis”, o direito corria o risco de não se desenvolver “com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época”. Com isso, bem como com o declínio de outras jurisdições, permanecendo os tribunais da *common law*, foi necessário que se “encontrasse um novo corretivo para as insuficiências da *common law*. No entanto, ocorre um período no qual as decisões dos tribunais passaram a ser contestadas, inclusive “os próprios Tribunais Reais deviam o seu desenvolvimento ao funcionamento desse mesmo princípio, pelo qual se podia apelar para o rei”. As intervenções do rei ameaçavam o desenvolvimento da *common law*, pois as decisões reais eram tomadas considerando a “equidade do caso particular”, sistematizando-se, criando-se, assim, as doutrinas equitativas “que constituem adjunções ou corretivos aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais”.

Nesse panorama, percebe-se que a *Equity*, “inspirada no direito canônico e romano, com um processo escrito e secreto” (Barboza, 2018, p. 1460), devolve ao Rei e ao Parlamento algum poder que fora limitado pelo *common law*, que era oral e público. Porém, com o tempo, os dois sistemas coexistiram na Inglaterra, servindo a *Equity* para aprimorar, aperfeiçoar o *common law*

(Merryman *et al.*, 2007 *apud* Barboza, 2018), até que foram unificados pelos *judicature acts*, de 1873 e 1875, passando todas as jurisdições a ter competência para aplicar as regras do *common law* e da *Equity* (Barboza, 2018).

O resultado disso no direito moderno inglês é consolidação da cultura de precedentes, mesmo diante da supremacia do parlamento, sendo este, inclusive, limitado pelo direito comum do povo (*common law*), fonte da qual emana o desejo de várias gerações, e cujos princípios representam uma constituição não escrita (Barboza, 2018).

Nesse sentido, o *common law* limita não apenas o parlamento, mas também o judiciário, que é vinculado às regras definidas na *ratio decidendi*²² das decisões das Cortes da Inglaterra, garantindo-se, desse modo, o direito natural e direitos individuais fundamentais por meio dos *stare decisis*.

Quando se fala em dizer o direito a partir de decisões anteriores dos Tribunais de forma obrigatória, logo imagina-se, notadamente quando se está imergido na família *civil law*, que houve um exercício de dedução, movendo-se de um axioma básico, relacionado à ideia de justiça, prescrito em lei, com natureza generalizante e abstrata aplicado a situações particulares.

No direito costumeiro ocorre o inverso. Emprega-se o método indutivo, visto que a solução empregada em um *case law* particular e concreto será aplicada de forma geral aos casos semelhantes futuros. Daí, como conciliar as duas tradições?

Na Inglaterra, esse postulado é levado muito a sério, expressando a natureza coercitiva dos precedentes (*binding ou coercitive effect*), de modo que a classe jurídica não se incomoda, não se admira com o fato de o juiz aplicar um precedente a uma lide, mesmo estando convicto em seu íntimo de que poderia dar outra solução ao caso, mesmo podendo apresentar boas razões. É um dever. A isso se denomina *rules of precedente*, a força do costume (Cambi, 2018).

Denota-se, assim, que, essencialmente, o Magistrado inglês analisa os fatos e as razões que motivaram o *decisum* antecedente, para sua aplicação à hipótese atual em mãos. No *civil law*, uma norma geral e abstrata é aplicada a um caso concreto, mediante um exercício de interpretação. Do outro lado, não se imagina “um juiz de sua Majestade Real decidir um caso com base na aplicação e interpretação pura e simples da legislação” (Cambi, 2018, p. 88).

Dessa maneira, um princípio de direito extraído da *ratio decidendi* (razões para a decisão) e consolidado por meio de uma decisão judicial deve ser coercitivamente aplicado na solução de casos posteriores identificados com semelhanças suficientes. Este é o conceito de

²² Segundo Marinoni (2010) *apud* Silva (2021, p. 102), *ratio decidendi* consiste em algo que é formado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo”.

stare decisis, que Cross e Harris (2001 *apud* Cambi, 2018, p. 89) chamam de *stare rationibus decidendi*, significando se ater à *ratio decidendi* dos casos pretéritos.

3.3 *Stare decisis* nos Tribunais

Na Inglaterra, atualmente, o sistema jurisdicional comporta a alta justiça e a baixa, sendo que nesta, tribunais inferiores resolvem a maior parte dos conflitos; enquanto aquela, conhecida como *Supreme Court of Judicature*, é formada pelos tribunais superiores *High Court of Justice*, *Crown Court* e o *Court of Appeal* (Silva 2021, p. 50). Nesse organograma há ainda a Câmara do Lordes²³, uma corte excepcional, que julga casos específicos (cerca de quarenta casos por ano), decorrentes de recursos em face da *Court of Appeal* (Silva, 2021).

Sobre a eficácia vinculativa dos tribunais ingleses, confira-se:

Portanto, o precedente e o direito jurisprudencial são fontes primordiais do direito inglês. No entanto, sobre o alcance do precedente, deve-se apresentar algumas questões. Primeiro é certo que as decisões proferidas pela Câmara dos Lordes são precedentes obrigatórios, devendo ter eficácia horizontal e vertical. Segundo, as decisões proferidas pela *Court of Appeal* são obrigatórias aos tribunais inferiores (eficácia vertical do precedente), entretanto, em se tratando de matéria criminal, a eficácia é para os tribunais inferiores e para a própria Corte, ou seja, eficácia vinculante horizontal e vertical. (Silva, 2021, p. 51).

Cumprido destacar que, de acordo com Silva (2021), o sistema *common law* inglês sofreu uma importante reforma em 2005, por meio da qual foi criada “uma nova Suprema Corte, independente e longe da “ingerência administrativa e política da Coroa sobre o Poder Judiciário”. O 1º de outubro de 2009 é considerado o marco, a partir de quando “a Suprema Corte²⁴ do Reino Unido [se tornou] a instância competente “para julgar em última instância as causas cíveis de todas as partes do Reino Unido”, bem como “as causas criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte”.

Nas Cortes de apelação inglesas, o julgamento sempre ocorre de forma colegiada, em que, cada juiz profere sua razão de decidir de forma independente, cabendo aos advogados

²³ Segundo Silva (2021), “o *Lord Chancellor* fazia parte do governo e era chefe do Poder Judiciário inglês. Como se viu anteriormente, a mais alta Corte do Reino Unido “era a *House of Lords*, composta pelos *Law Lords*, que eram indicados pela rainha”. Havia, portanto, uma incongruência, quiçá uma afronta ao princípio da separação dos poderes, já que o chefe do Poder Judiciário era membro de “uma das casas do Parlamento Britânico” e a *House of Lords*, antes da reforma, possuía “atribuições jurisdicionais e como seu representante e porta-voz atuava o *Lord Chancellor*”.

²⁴ Recentemente “os 11 juízes da Suprema Corte do Reino Unido decidiram que a suspensão do Parlamento, determinada pela rainha Elizabeth a pedido do primeiro-ministro Boris Johnson, foi ilegal, nula e sem efeito”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/suprema-corte-britanica-declara-nula-suspensao-parlamento/>. Acesso em: 28 maio 2024.

esquadrinharem os votos a fim de descobrir a *ratio decidendi* (*status* reservado para questões de direito) do Tribunal.

Na oportunidade, vale transcrever o seguinte trecho do artigo *Stare Decisis* de Re (1994, p. 282):

Ao discorrer sobre precedentes em seu *The Nature of the Judicial Process*, Cardoso, Ministro da Suprema Corte americana, escreveu:
 “...num sistema tão desenvolvido quanto o nosso, os precedentes já cobriram o campo de tal forma que eles fixam o ponto inicial a partir do qual o trabalho do juiz começa. Quase invariavelmente, seu primeiro passo é examiná-los e compará-los. Se eles forem adequados, talvez nada mais seja necessário. O *stare decisis* pelo menos a ferramenta de trabalho diária do nosso direito”.

Acerca da autoridade do precedente, há de ser levada em conta a diferença entre a fundamentação extraída do princípio dele deduzido e um *dictum*, que não tem força vinculativa e se refere tão somente a uma observação persuasiva. Nesse passo, uma decisão terá sua observância posterior obrigatória em outro caso semelhante somente em relação às questões de direito suscitadas, consideradas e decididas no caso anterior.

Pontue-se que os fatos assumem papel imprescindível, tendo em vista que deles derivam as questões de direito suscitadas. Assim ensina o professor Brumbaugh (1917 *apud* Re, 1994, p. 283):

As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez, e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretende adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.

Disso se conclui que o exercício da jurisdição recursal nos Tribunais desenrola-se no cumprimento de duas funções: (i) julgar o caso concreto; e, se necessário, (ii) trazer ao mundo jurídico normas caracterizadas pela generalidade e abstração, aplicáveis a todos os conflitos posteriores similares aos fatos que provocaram sua criação (Cazetta Jr, 2007).

Nesse passo, quanto mais profunda a análise das particularidades e das circunstâncias fáticas relevantes para o *decisum*, determinando se existe similitude considerável, mais justificável e inevitável será a incidência do precedente aos casos atual e futuros, que possuam fatos semelhantes, e cujas questões já foram suscitadas, apreciadas e decididas, materializando-se o *stare decisis*.

De passagem, seja dito que é pelo apurado exame dos fatos²⁵ que se faz o *distinguishing* entre o caso concreto atual e o paradigma. Nada obstante, de acordo com Costa (2023, p. 101), esse é um ponto vulnerável do discurso dogmático que sacraliza os precedentes, pois nessa abordagem “o critério de adequação é deslocado do sentido normativo para a semelhança factual, o que engendra um debate infinito acerca da efetiva semelhança entre os casos julgados e os paradigmas decisórios invocados”.

Por outro lado, é possível uma expansão ou restrição na aplicação do princípio consolidado do paradigma, ou mesmo sua superação (*overruling*), o que viabiliza a evolução do ordenamento jurídico.

Kircher (2017) aponta que houve na Inglaterra um longo período em que os precedentes eram tidos por imutáveis, entendimento esse consolidado pela *House of Lords* no julgamento do caso *London Tramways vs. London Coutry Concil* em 1898, mesmo diante de notórias injustiças e mutações sociais relevantes. Essa ideia fixa de estabilidade do direito, de *stare decisis* rígido durou até 1966, quando a *House of Lords* se permitiu, por meio do *Practice Statement*, superar-se excepcionalmente um precedente diante de novos valores assimilados pela sociedade, além da possibilidade que já existia no caso de alteração legal.

Para superação de um precedente, existe uma proposta de um teste chamado *basic overruling principle*, mediante o qual se apura se o precedente possui consistência sistêmica e congruência social:

A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica). Quando o precedente carece de dupla coerência e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado. (Mitidiero, 2012, p. 73).

Nessa esteira, vale trazer à baila algumas técnicas de revogação do precedente e afastamento: *overruling* e suas variações (superação do precedente, com negativa de sua vigência), *overriding* (o precedente é reescrito, com redefinição do seu âmbito de incidência) e *transformation* (transformação com alteração parcial do precedente, mas com resultado com ele compatível). (Mitidiero, 2017, p. 103).

Na hipótese de um conflito concreto com aspectos fáticos inéditos, cria-se uma doutrina a ser aplicada com base no produto dos fundamentos que sustentam casos anteriores que

²⁵ “Para que a decisão de um caso constitua precedente no julgamento de outro não é necessário que os fatos em apreciação sejam idênticos: basta que sejam substancialmente análogos” (Cazetta Jr, 2007, p. 194).

margeiam a nova controvérsia. Tal sistemática de direito, na qual se permite a formação de novo *stare decisis* é chamada de *case law* (Cambi, 2018).

Desse modo, o que se pode observar como principais consequências da cultura baseada na doutrina do *stare decisis*, herdada pela tradição inglesa, é a estabilidade e previsibilidade da atividade jurisdicional, diferentemente do que ocorre na família *civil law*, onde se convive com uma notável instabilidade. Nesse contexto, cumpre destacar a importância de tal estabilidade e previsibilidade ofertada pelos *stare decisis* na seara penal, que se se vislumbra aplicar no Brasil.

3.4 Da Inglaterra para os Estados Unidos da América

Ao discorrerem sobre o sistema de precedentes norte-americano, Cambi e Pitta (2018, p. 90) citam o seguinte *dictum* do voto do juiz Anthony Kennedy, da Suprema Corte, no caso *Ring v. Arizona*: “Embora permaneça com a opinião de que o caso *Apprendi* tenha sido decidido equivocadamente, agora ele se tornou a norma, e assim deve ser implementada em forma de princípio”.

Quando este princípio é extraído dos fatos essenciais em julgamento, tal *ratio decidendi* de efeito geral e abstrato tem sua força vinculativa baseada na inexorável empregabilidade no caso futuro pela similitude; na vocação institucional da Corte de onde se originou e na adequação para a causa nova (Cazetta Jr, 2007).

Nessa ocasião, de logo se percebe o principal ponto de comunicação entre o ordenamento jurídico americano e o inglês: o *stare decisis*.

Porém, as diferenças não demoram a se revelarem. Por exemplo, há um elevado percentual de decisões unânimes nos tribunais americanos. Isso decorre não somente em virtude do entendimento de que “a aplicação do sistema de precedentes determina a decisão do juiz de maneira vinculante, mesmo que ele discorde do resultado” (Schauer, 2012 apud Cambi; Pitta, 2018, p. 91), mas também em razão da não obrigatoriedade de fundamentação, tal como ocorre e manda a Constituição brasileira. Alternativamente, os juízes emitem seus votos de forma breve e sem publicação oficial, acessíveis apenas para as partes. A propósito, na aplicação do paradigma, existe a compreensão no sentido de “o que gera o precedente não é, propriamente, a motivação, mas o motivo da decisão” (Cazetta Jr, 2007, p. 194).

Desse lado do Atlântico, a cultura *common law* dos Estados Unidos tem como fundamento os precedentes judiciais e os direitos humanos fundamentais, com os juízes tendo prevalência sobre o parlamento, porém, a legitimidade, que na Inglaterra se encontra no *common law*, passa a ter como parâmetro de limitação dos poderes, a Constituição americana,

um documento escrito representando a vontade popular, com 8 artigos e 27 emendas, sendo a última ocorrida em 1992 (Barboza, 2018; Boaventura, 2011).

Mais dessemelhanças separam o ordenamento jurídico americano do inglês. Silva (2021) explica que a Inglaterra é um Estado unitário, enquanto na América os estados agregaram-se formando um Estado federal. Além do mais, segundo Fine (2011, p. 18), “Um dos principais temas da Constituição dos Estados Unidos é o federalismo, entendido como uma divisão de poderes entre diferentes soberanias”. Esse é um ponto fulcral, pois tal descentralização foi pensada também para o Poder judiciário, que, aliás, existe nos estados de forma autônoma e independente, sendo estruturado com tribunais de julgamento, tribunais de apelação e uma espécie de suprema corte estadual, como ocorre na esfera federal. Isso, segundo Silva (2021), mitiga a ideia de *stare decisis*.

Necessário se faz pontuar que as decisões da *Supreme Court of the United States* vinculam institucionalmente os juízes e demais Tribunais do país²⁶, ainda que não haja uma regra expressa nesse sentido. Caso haja sinais de que a norma geral e abstrata de um precedente está na iminência de ser alterada ou abolida, permite-se que um tribunal ordinário não siga o *stare decisis* da *Supreme Court*, mormente quando a adoção da regra puder provocar profunda injustiça e/ou violação irremediável de um direito individual (Cazetta Jr. 2007).

Os casos chegam à Suprema Corte americana por meio dos *writ of certiorari*, principal instrumento com o qual se provoca sua manifestação acerca da constitucionalidade de um ato estatal. Aliás, as causas decididas por aquela Corte máxima, em geral, estão relacionadas à proteção individual contra o Estado, de modo que, os litígios particulares sempre têm a atuação estatal, ainda que reflexa (Cazetta Jr. 2007).

No que diz respeito ao processo penal, Cazetta Jr. (2017) aponta uma série de regras extraídas do entendimento formado a partir da interpretação constitucional, a fim de garantir o *due process of law*: não produção de provas contra si mesmo; proteção contra buscas e apreensões arbitrárias; publicidade e celeridade processual; presença do júri; inquirição de testemunhas; vedação a penas cruéis ou excepcionais.

De acordo com Ramos (2000), no funcionamento do rito processual há uma fase preliminar do tipo inquisitorial, após o que se inicia o processo adversarial, cujas principais características são:

²⁶ “A Suprema Corte dá a última palavra em relação ao direito federal, mas não ao direito estadual” (Fine, 2011 *apud* Silva, p. 57).

1. Separação das funções de acusar, inicialmente atribuída às partes ou, muitas vezes, ao comissário de polícia; de defender, exercício feito pelo próprio acusado, sendo que, na Inglaterra, somente após o século XVII, foi permitido ao réu ter advogado; de julgar, por um conselho de sentença (júri); e de presidir o julgamento, que era atribuição dos *sheriffs*, os quais não interferiam na decisão dos jurados;

2. Máxima publicidade do julgamento, mas há aqui a previsão de procedimentos marcados pelo sigilo e inquisitorialidade;

3. Evidente garantia do contraditório, de cujo desenvolvimento surgiu o *Standart da pretrial disclosure*, que obriga a acusação e a defesa disponibilizarem entre si todas as provas em seus poderes;

4. Publicidade na fase de julgamento;

5. Oralidade, uma vez que o conselho de sentença é formado por pessoas do povo.

6. No caso, o magistrado não interfere nem influencia o júri, não decide por eles. O próprio povo define as condutas criminosas, a autoria e a culpabilidade.

Esse último ponto recebe várias críticas, pois não se vê uma busca pela verdade real, caso em que há uma relativização da verdade. Acrescente-se o custo elevadíssimo do processo adversarial, razão pela qual surgiu o instituto da solução consensual (*plea bargaining*), que dá fim à maior parte dos processos criminais. Outra censura cabível é a de que nessa espécie processual da *tradição common law*, não há avaliação dos elementos subjetivos do tipo (Ramos, 2000), tendo em vista a competência para julgamento do conselho de sentença.

Considerando esses aspectos, ressaem nítidas distinções substanciais relativamente ao rito criminal que impera na cultura romano-germânica. Dentre as diferenças, enfatiza-se o desmedido poder discricionário do Órgão acusador para negociar a confissão de culpa, diferentemente, dos Magistrados, que estão sujeitos a diretrizes de condenação concisas (Devers, 2011), característicos do júri popular *common law*.

As negociações judiciais têm sido a regra durante gerações no sistema adversarial americano. No entanto, recentemente, duas decisões da *Supreme Courte* mereceram destaque no cenário estadunidense, pois, basicamente, “afirmam o direito de um réu, de acordo com a Sexta Emenda, de ter a assistência de um advogado eficaz durante as negociações pré-julgamento”²⁷. Para a academia americana, a orientação da *Supreme Courte* significaria possibilidade de maior supervisão dos juízes nas negociações da pena, haja vista ser esse um

²⁷ No original: “The decisions, endorsed by a 5-to-4 majority and written by Justice Anthony M. Kennedy, affirm a defendant’s right under the Sixth Amendment to have the assistance of an effective lawyer during pretrial negotiations” (Goode, 2012).

processo marcado pela informalidade e pouco controle judicial (Goode, 2012). Nesse norte, importa mencionar voto dissidente do *judge* Antonin Scalia, “que criticou o Tribunal por elevar o ‘mal necessário’ das negociações judiciais a ‘um direito constitucional’”²⁸.

Estatísticas do *Bureau of Justice Assistance* (BJA) apontam que de 90 a 97% dos casos são resolvidos por acordo de confissão de culpa, levando em conta os números federais e estaduais (Devers, 2011). A principal motivação dessa prática muito eficaz tem a ver com os altos custos de se levar a julgamento todos os casos ou a maior parte deles, fato notório na cultura jurídica brasileira, por exemplo.

Diante da adoção dessa tradição de procedimento do processo adversarial e dos estímulos ofertados pela acusação, tem-se que a maioria esmagadora dos acusados optam pela confissão de culpa com o fim de barganhar uma pena mais leve, porquanto ir à julgamento é considerado arriscado, tendo em conta a impossibilidade de prever a decisão do júri²⁹. Pode-se citar, ainda, a grande liberalidade que os procuradores dispõem para reduzirem as acusações, sobretudo pela natureza aleatória da negociação de penas; as manipulações dos promotores para obterem a condenação desejada; além do estressante e desagradável processo judicial criminal.

Veja-se indícios de como isso ocorre no seguinte trecho de pesquisa empírica sobre *The inefficiency of plea bargaining*, realizada na Escócia:

William:

Eles [a acusação] vão colocar coisas como violação de paz, agressão, embriaguez e desordem, comportamento imprudente na rua. Dessas acusações, o PF [procurador] vai dizer: 'A violação de paz não é nada, a conduta imprudente não é nada. É a agressão que eu quero'.

Então ele vai basear suas provas na agressão e vai correr atrás da agressão. E vai introduzir o resto das acusações, como "gritar e berrar", na esperança de que isso aumente o veredito de culpado pela agressão. É tudo para apoiar a agressão.

Podemos ter uma situação em que há uma tentativa de homicídio e alguém esfaqueia outra pessoa. Há acusações de violação da paz, conduta imprudente na rua, comportamento imprudente na rua. E depois, mais adiante, há outra acusação de violação da paz, armas escondidas, todo esse tipo de coisas. Ou seja, podem surgir inúmeras acusações.

Entrevistador:

Sente que isso aumenta a pressão quando está a decidir como se vai declarar?

William:

Claro que sim - é por isso que o fazem! É esse o trabalho do Procurador Fiscal. Colocar o arguido sob coação. Vai ouvi-los dizer isso: "Ponham-no sob coação. Ele tem de ceder perante vós. E vocês não podem cair perante o arguido. Se se desmancharem, os vossos dias como PF acabaram"³⁰.

²⁸ No original: “which excoriated the court for elevating the “necessary evil” of plea bargains into “a constitutional entitlement”” (Goode, 2012).

²⁹ “Vários estudos metodologicamente sólidos concluíram que as pessoas que se declararam culpadas tinham mais probabilidades de receber penas mais leves do que as que teriam ido a julgamento”. (King *et al.*, 2005; Piehl e Bushway, 2007; e Ulmer e Bradley, 2006 apud Devers, 2011).

³⁰ No original: “**William:** They'll [the prosecution] put down things like breach of the peace, assault, drunk and disorderly, reckless behaviour in the street. Out of those charges, the PF [prosecutor] will say, ‘The breach of the

Quanto ao direito material, convém lembrar do caso “*The United States v. Hudson and Goodwin*, de 1812, julgamento em que a Suprema Corte dos Estados Unidos banuiu a criação de crimes por precedentes, entendendo que apenas o Congresso teria essa atribuição” (Fernandes; Koehler; Mendonça, 2021, p. 76).

Essa informação é inusitada porquanto, em uma tradição jurídica guiada pela *common law*, as condutas qualificadas como criminosas devem estar estritamente previstas em lei formal, tanto quanto no Brasil, de *tradição civil law*, mas que caminha para a aplicação em conjunto com a cultura de precedentes, inclusive, no Direito Penal.

Desse ponto, pode-se, então, responder à indagação sobre como conciliar essas duas tradições jurídicas com tantas heterogeneidades, nestes termos:

Não fosse o bastante, se o *stare decisis* deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal. Aquilo que se busca com o princípio da legalidade penal também se deseja com a doutrina dos precedentes, havendo grande coincidência entre seus fundamentos. Ambos pretendem um aumento de segurança jurídica, de proteção da confiança, de previsibilidade e isonomia. (Fernandes; Koehler; Mendonça, 2021, p. 84).

Outrossim, se são esses os objetivos da legalidade penal e do *stare decisis*, espera-se que as decisões judiciais fiquem propensas ao afastamento de critérios caprichosos, das variações casuísticas e/ou baseados na ideologia então dominante. Afinal, “se temos normas abertas, inclusive no sistema de justiça penal, que não foge à imperfeição humana, sua insegurança deveria ser diminuída justamente por meio da observância da teoria dos precedentes criminais” (Fernandes; Koehler; Mendonça, 2021, p. 88).

Dessa forma, tendo por premissas tais construções deontológicas, no tocante às tradições *civil law* e *common law*, como então o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o princípio da legalidade aplicado ao Direito Penal em suas decisões qualificadas como precedentes?

peace is nothing, reckless conduct is nothing. It is the assault that I'm after.' So he will base his evidence on the assault and run for the assault. And he will bring the rest of the charges in, like 'shouting and bawling', in the hope that it will enhance the guilty verdict for the assault. It's all to back up the assault. You might have a situation where you have an attempted murder, and somebody stabs somebody. There're charges of breach of the peace, reckless conduct in the street, reckless behaviour in the street. And then further down the road, there's another breach of the peace, concealed weapons, all those sort of things. I mean, a multitude of charges can come in. **Interviewer:** Do you feel that adds pressure when deciding how to plead? **William:** Of course – that's why they do it! That's what the Procurator Fiscal's job is. To put the accused under duress. You will hear them saying that: 'Put him under duress. He's got to crumble before you. And you cannot crumble before the accused. If you crumble, your days as a PF are over.'” (Gormley, 2022).

3.5 Da aplicabilidade dos precedentes ao Direito Processual Penal

Veza ou outra vê-se manifestações de Ministros do STF e do STJ, públicas ou até mesmo no corpo de decisões, desaprovando a postura dos Tribunais ordinários com relação à não observância de sua jurisprudência. Em um desses protestos, após as críticas da 6ª Turma do STJ, a Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emitiu uma nota, da qual os seguintes trechos valem destacar, confira-se:

“Ora, uma coisa é seguir entendimento jurisprudencial, louvável à segurança jurídica; outra, no entanto, é exigir a adoção de entendimento sumulado, quando este não se amoldar à hipótese, consoante justificativa constitucionalmente exigida, notadamente na área penal, frente ao caso concreto e à prova fática.

Ressalte-se, por oportuno, que além de guardar fiel obediência à Constituição Federal e às Leis vigentes, as decisões proferidas pelos mais de dois mil juizes que integram o Tribunal de Justiça de São Paulo, seguem estritamente o que dispõem as súmulas vinculantes e as teses fixadas em casos de repercussão geral e recursos repetitivos. No entanto, o que não se pode conceber é que se retire do magistrado sua liberdade de analisar as particularidades de cada caso concreto e de decidir conforme seu livre convencimento motivado”^{31 32}.

Ora, a referida Corte estadual informa que, mesmo no que diz respeito ao direito penal, tem-se utilizado de elementos da cultura *common law* para solucionar os casos que lhes são apresentados. Vê-se que o principal argumento da nota para, por vezes, não aplicar entendimentos assentados pelo STJ é a utilização do instituto do *distinguishing*, que está relacionado às “particularidades do caso concreto e prova fática”. Por outro lado, nada mais característico da tradição *civil law* que a expressão constante da nota: “fiel obediência à Constituição Federal e às Leis”. Nesse mesmo sentido, vale mencionar, ainda, o dito: “livre convencimento motivado”.

Isso significa que tais culturas jurídicas estão funcionando hibridamente no sistema de justiça brasileiro, em que pese aos influxos decorrentes do contraste existente entre as duas tradições.

Nesse quadro jurídico em transformação havia uma discussão sobre a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, visto que aquele previa em seu art. 15 a possibilidade de regular apenas os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Ademais, na legislação processual penal não havia qualquer previsão acerca de procedimentos para se operar os recursos especiais e extraordinários. Tal questão foi

³¹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/331704/secao-criminal-do-tj-sp-responde-a-acusacoes-do-stj-de--desobedecerem--jurisprudencia>. Acesso em: 02/03/2024.

³² “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo, não a sabedoria do cumprimento de leis promulgadas, mas na justiça de tratar casos semelhantes de maneira igual” (Dworkin, 1977, p. 113 *apud* Kircher, 2017, p. 97).

superada com a edição da Lei nº 13.964/2019, do “pacote anticrime”, que deu nova redação ao art. 638 do CPP, que prevê: “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”.

Não está claro se essa disposição abarca também os recursos especiais repetitivos ou mesmo dos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, de cujos julgamentos nascem precedentes qualificados³³ de observância obrigatória, seja vertical ou horizontalmente, nos termos do art. 927 do CPC.

Para sanar a controvérsia de que o conceito de *stare decisis* trazido pelo CPC seria compatível com o códex processual criminal, colaciona-se precedente da Terceira Seção do STJ, no sentido de que, “Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria” (RMS n. 62.452/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/6/2020, DJe de 20/8/2020). No referido julgado há um importante esclarecimento sobre a aplicação de multa por litigância de má-fé, no sentido de que “igualmente configura sanção processual, ou seja, possui natureza de pena, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, pois vedado em nosso ordenamento o uso da analogia in malam partem”.

Antes mesmo da referida disposição legal processual civil, o STF decidiu Questão de Ordem, no RE 966.177/RS, nestes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, ora reajustado, resolveu questão de ordem no sentido de que: "a) a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la; b) de qualquer modo, consoante o sobredito juízo discricionário do relator, a possibilidade de sobrestamento se aplica aos processos de natureza penal; c) neste contexto, em sendo determinado o sobrestamento de processos de natureza penal, opera-se, automaticamente, a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP; d) em nenhuma hipótese, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035.

³³ Nos termos do Art. 121-A do RISTJ, “Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça **constituem**, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, **precedentes qualificados** de estrita observância pelos Juízes e Tribunais”. (grifo meu)

Além do mais, por meio de uma interpretação sistemática é possível inferir que sim, os direitos substantivo e adjetivo penal adotaram, ao modo brasileiro, elementos da família *common law*. É nesse rumo que o art. 315, § 2º, VI, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019 caminha. Some-se a isso, o Regimento Interno do STJ, que dispõe:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 3º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os *habeas corpus* de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 14, de 2011)

Art. 12. Compete às Seções processar e julgar:

IX - o incidente de assunção de competência quando a matéria for restrita a uma Seção; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

X - o recurso especial repetitivo. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções:

I - julgar embargos de divergência, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram;

III - sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmulas.

Atente-se que as Seções funcionam como os órgãos jurisdicionais especiais, que dão a palavra final sobre a questão de direito penal suscitada nessas circunstâncias de formação de um precedente qualificado, cujas orientações são vinculantes, nos termos do art. 927, V.

Uma questão interessante é se um acórdão proferido em sede de *habeas corpus* poderia ser considerado um precedente qualificado. Quanto a essa indagação, a Terceira Seção do STJ tem firmado uma posição negativa. A respeito do tema: “O acórdão proferido em *habeas corpus* não **serve** como paradigma para efeito de comprovação do dissídio jurisprudencial, a fim de viabilizar o cabimento dos embargos de divergência, haja vista que este recurso presta-se à pacificação da interpretação da legislação federal acerca do tema tratado, enquanto o remédio constitucional destina-se à tutela da liberdade de locomoção” (**EREsp n. 1.183.134/SP**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Terceira Seção, julgado em 9/4/2014, DJe de 14/4/2014.).

Nesse prisma, necessário se faz diferenciar os conceitos de jurisprudência e precedentes judiciais.

Uma orientação jurisprudencial se apresenta por meio de fórmulas sintéticas, normatizando regras jurídicas sem necessariamente uma análise comparativa dos fatos, sendo aplicável a várias e diversas hipóteses concretas. A título de exemplo, menciona-se a jurisprudência formada para estabelecer regras de admissibilidade do recurso especial (obstáculos de cabimento): a Súmula 7 do STJ (*a pretensão de simples reexame de prova não*

enseja recurso especial) decorreu da jurisprudência do STJ, a partir da incidência do enunciado numa infinidade de situações fáticas.

Por outro lado, um *stare decisis* decorre de uma controvérsia de direito, cuja solução dada a um caso particular, a *ratio decidendi*, obrigatoriamente, será aplicada aos casos suspensos e aos futuros, de mesma identidade ou analogia de fatos.

É imprescindível o conhecimento do inteiro teor do *decisum* para fins de *distinguishing*, segregando-se o *obiter dictum*, chamados pela doutrina de “argumentos persuasivos para futura superação do precedente” (Didier Jr., 2015).

Importa sublinhar que a *ratio decidendi* de um precedente qualificado formado nas Cortes supremas tem caráter *erga omnes*, moldam comportamentos da sociedade, diferentemente das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, que podem indicar um sentido de uma matéria federal ou constitucional, caso ainda não haja manifestação do respectivo Sodalício superior (Marinoni, 2014).

3.6 Entre incompatibilidades e convergências

No direito inglês, “toda decisão judicial é um precedente em potencial” (Cambi, 2018, p. 88). No mesmo sentido preleciona Schauer (2012 *apud* Cambi, 2018, p. 92): “No sistema *common law*, uma regra criada pelo precedente de um caso julgado no passado é uma tentativa, permanecendo aberta para alterações quando for aplicada ao caso atual, ou mesmo no surgimento de um novo caso”.

Por outro lado, no Brasil, a inserção da cultura jurídica de consuetudinária em seu ordenamento jurídico decorre da lei, a qual estabelece um rito para formação de um precedente qualificado repetitivo “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito” (CPC, art. 1.036). Outrossim, para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas exige-se a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (não pode existir querela sobre os fatos), bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, I e II, do CPC:).

Percebe-se que a norma processual, no que diz respeito aos recursos extraordinários e especiais repetitivos, fala em multiplicidade de recursos e identidade de questão de direito, não em identidade de fatos. No caso, o precedente vai definir o significado da questão jurídica suscitada; dizer e pacificar a correta aplicação da norma e, no que toca à lei penal, apontar qual, de fato, é o conteúdo do direito punitivo (Kircher, 2017). Anote-se que, de maneira nenhuma

se está concedendo ao poder judiciário o poder criminalizar ou descriminalizar condutas, papel que cabe ao legislador, mas, o STJ, especificamente, dá a última palavra interpretativa acerca da lei penal.

Nessa linha de percepção, deduz-se que os juízes brasileiros, em sendo norteados pela vinculação vertical ou horizontal, serão limitados não mais somente pela lei, mas também pela coerção de orientarem-se pelos *stare decisis* criados à brasileira. Nessa linha de raciocínio, Silva (2021, p. 84) preleciona que, “se os juízes já devem obediência à lei, por certo que não há ofensa à independência a estipulação da obrigação de respeitar o precedente vinculante”.

Assim, vislumbra-se que o ordenamento jurídico pátrio caminhará para o fim de se assegurar a isonomia, a segurança jurídica, a estabilidade e coerência no exercício da jurisdição. Afinal, “Não se deve conceber que, diante do elevado número de processos existentes no Brasil, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebam tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual” (Mendes, 2021, p. 715).

Nada obstante, parece que essa cultura precisa ser mais bem disseminada entre os Magistrados de todas as Cortes judiciais brasileiras, inclusive, supremas. Nessa toada, confira-se o seguinte excerto de voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, no HC nº 500.080/SP:

O número de processos originários do STJ (entre os quais se destaca o *habeas corpus*) também teve um aumento expressivo de 21,8%, seguindo a sua trajetória de ascensão desde 2013, com média de crescimento de 18% ao ano. O HC segue em tendência de alta com crescimento médio na ordem de 10,5% ao ano e variação de 14% em 2019. Nesse ano, foram distribuídos aqui 68.059 processos só dessa classe. Analisando a série histórica dos recebidos de acordo com os principais ramos de direito, o ramo Penal segue forte inclinação de alta desde 2014 com crescimento médio de 8% no período e com variação de 15% em 2019. Se considerarmos apenas os *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública paulista é possível perceber que, em 2015, eles chegaram a um total de 3.109, total esse que só vem aumentando nos últimos anos - 3.413 em 2016; 4.230 em 2017; 5.201 em 2018; e 11.341 em 2019 (um aumento de quase 100% de um ano para o outro). E o que mais impressiona é que o percentual de *habeas corpus* concedidos integralmente ou em parte, que em 2015 era de apenas de 21 %, chegou a 48% em 2019, o que nos permite concluir que a discordância do Tribunal paulista com o STJ só tem aumentado ao longo dos últimos anos. Não posso deixar de ressaltar o fato de que em *habeas corpus* a discussão se limita a questões jurídicas, não enfrentando os Tribunais Superiores discussões como autoria, materialidade etc. O fato de o debate provocado por meio deste remédio ser de natureza legal demonstra mais ainda o equívoco de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias em desacordo com precedentes, muitas vezes sumulados, dos Tribunais Superiores. Na prática, isso significa que juízes e tribunais não aplicam no dia a dia a interpretação da lei federal e da própria Constituição Federal fixada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal. Também é importante ainda salientar que as impetrações de responsabilidade da defensoria pública, em regra, cuidam dos menos favorecidos e nelas se discutem crimes que chamo "ordinários" (do nosso dia a dia, como tráfico, roubos, furtos, estelionatos, homicídios e latrocínios). Ou seja, mais uma vez quem paga a conta em

razão do descompasso entre as instâncias ordinárias e os Tribunais Superiores é a população menos favorecida.
É preciso mudar esse cenário com urgência.

No entanto, é possível ponderar que, no direito *common law*, a *ratio decidendi* está vinculada às circunstâncias fáticas. E esse é o grande argumento dos juízes para não aplicarem um precedente qualificado, pois dizem tratar-se de particularidades que justificam o *distinguishing*. Mas será, também, que se tem utilizado corretamente das técnicas de distinção ou mesmo se superação³⁴³⁵?

Dessa forma, fica a impressão de que há um claro embate entre os conceitos e tradições jurídicas do *common law* e *civil law*. Mas isso era previsível, uma vez que na construção do ordenamento jurídico brasileiro ainda cabe a seguinte asserção de Ramirez (2010 *apud* Divan, 2021, p. 702) no sentido de que, “na invocação de precedentes, como sempre fora utilizada em nosso cotidiano, impera uma lógica que é estranha a qualquer sistema de *case law*”. Nessa mesma senda, “os fatores típicos caracterizadores das famílias de *common* e *civil law* sofrem intercâmbios notáveis em nosso século - o que não significa que qualquer arremedo ou amálgama é frutífero” (Amodio, 2003 *apud* Divan, 2021, p. 706).

Todavia, é preciso lembrar que, na Inglaterra, a *equity* serviu para aprimorar, aperfeiçoar o *common law*³⁶, tanto quanto as normas legais e a Constituição nos Estados Unidos³⁷, que, a partir de sua interpretação, a *supreme court* cria *stare decisis*. No caso do Brasil, levando em conta sua função adscritiva, parece ser esse o papel dos precedentes em relação ao modelo *civil law*, cujas normas vigentes, como já demonstrado, necessitam de que seja especificado e selecionado seu sentido dentre as hipóteses possíveis (Giorgi Jr, 2021).

A propósito, sobre jurisdições mistas Silva (2021, p. 62) ensina que “há a mistura de sistemas sempre na busca incessante pela justiça e, por certo, pela segurança jurídica e previsibilidade das relações jurídicas. Ora, os sistemas mistos se originam, dentre outros fatores, pelo reconhecimento das vantagens de um e outro sistema, que, associados, permitem um sistema mais avançado”.

³⁴ Segundo Kircher (2017), exige-se um alto ônus argumentativo para que uma Instância ordinária, excepcionalmente, faça uso da técnica americana de superação antecipada de precedente, quando evidente seu desgaste.

³⁵ Ver arts. 927, §§ 2º, 3º e 4º, e 1.037, §§ 9º, 10º, 11º, 12º e 13º, do CPC.

³⁶ De acordo com Silva (2021, p. 354), na Inglaterra, “a estrutura do sistema da *common law* sofre alteração em suas fontes (precedentes e lei), pois a lei passou a ter papel importante no desenvolvimento do direito, mas a fonte primária continua a ser a judicial”.

³⁷ Segundo Silva (2021, p. 265 - 266), “o direito norte-americano tende a ser o mais propício para a adaptação no Brasil, pois “o direito penal nos Estados Unidos” é derivado de um sistema híbrido, possuindo fontes na “*common law* e no direito legislado”.

3.7 Precedentes qualificados do STJ aplicados ao Direito Penal e ao Processo Penal

Levando em conta o mandamento constitucional previsto no art. 5º, LXXVIII, incluído pela EC 45/2004, para que se assegure “a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, a administração da justiça, que também deve obediência ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), buscou criar mecanismos para cumpri-lo.

Nesse norte, cumpre evidenciar o entendimento de não fazer sentido se ter múltiplos processos que tratam de questões idênticas de direito, material ou processual, serem julgados separadamente pelo mesmo ou diversos juízes e de modo discrepantes. Dessa forma, a fim de dar efetividade ao mandamento constitucional criou-se os institutos dos recursos especiais repetitivos, do incidente de resolução de demandas repetitivas; além do incidente de assunção de competência³⁸³⁹, cuja ideia original seria de um instrumento para a prevenção ou composição da divergência entre órgãos jurisdicionais internos do mesmo tribunal (Kircher, 2017), bem como permitir que seus órgãos de jurisdição superior decidam matéria que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (arts. 947 do CPC; e 14 do RISTJ), podendo estes últimos serem julgados pelos tribunais ordinários, caso em que não formam um precedente fora da jurisdição territorial.

A respeito dos recursos especiais repetitivos⁴⁰, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal ou, independentemente da iniciativa destes, o Ministro relator do Tribunal superior poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito (art. 1.036, § 1º, § 5º, do CPC).

Dentre os critérios de seleção dos recursos representativos da controvérsia, dispõe o art. 256, § 2º, II, do RISTJ, que, o Tribunal de origem “informará, objetivamente, a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia.

Isso porque, com a suspensão dos demais processos com mesma questão jurídica, individuais ou coletivos, até o pronunciamento do STJ decorrente do procedimento especial, as partes podem requerer o prosseguimento do seu feito, evidenciando que não há similitude fática

³⁸ De acordo com Marinoni (2014, p. 586), o IAC “não é novo recurso, previsto para ampliar o rol previsto na legislação brasileira. Trata-se, antes, de incidente do procedimento recursal, por meio do qual se atribui julgamento do recurso (de qualquer um deles) a outro colegiado ‘maior’ que o original, a fim de prevenir ou compor divergência de interpretação sobre questão de direito”.

³⁹ O enunciado 468 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) preleciona que O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal.

⁴⁰ No que toca à publicidade do IRDR, o art. 979, § 3º, do CPC, prevê a aplicação do disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

e/ou jurídica entre seu processo e os da matéria afetada. Por isso a importância de verificar o alcance da questão jurídica posta no voto condutor do acórdão que decidiu se o recurso é ou não repetitivo (Bruschi, 2019).

Portanto, a formação de *stare decisis* no STJ se justifica em virtude da ocorrência das diversas interpretações de uma norma aplicada a uma pluralidade de casos concretos semelhantes; ou mesmo da multiplicidade de recursos com uma mesma interpretação da lei aplicada a uma multiplicidade de processos. De modo que, definida a tese no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, os múltiplos recursos sobre a mesma questão de direito firmada anteriormente no precedente qualificado e que margeiam suas as particularidades fáticas, terão seu seguimento negado pelo próprio Tribunal recorrido, conforme manda o art. 1.030, I, do CPC.

Pois bem. Entendendo a formação de um precedente qualificado, o qual dará a interpretação correta da lei e da questão jurídica suscitada, sendo plenamente consolidada sua aplicação no tocante às normas de direito penal e processual penal, resta saber se se submete aos princípios, mormente da legalidade, que norteiam este ramo da ciência jurídica que tem por objeto as regras que privam a liberdade e/ou restringem direitos da pessoa.

Segundo Kircher (2017), sim, pois os precedentes qualificados não somente complementam a legislação, mas são fontes primárias do direito, que se subordinam à Constituição. Por exemplo, os julgados de recursos repetitivos devem retroagir apenas quando benéficos para o réu, alcançando, inclusive, casos transitados em julgado. No mesmo curso, Silva (2021, p. 66) firma a tese de que “o precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e tendencialmente existem razões para adotar precedentes como fontes do direito mesmo em ordenamentos jurídicos de *civil law*”.

Em vista disso, contudo, não se fala em modulação dos efeitos quando da criação ou alteração da *ratio decidendi* do caso repetitivo; de igual modo, “admitir que o precedente é fonte do direito não quer dizer que o Poder Judiciário cria o direito do nada, pois o juiz não cria o direito a partir de sua própria vontade, mas de premissas legais” (Zaneti Jr., 2016 *apud* Silva, 2021, p. 67).

Por outro lado, se a questão versar sobre a lei de ritos criminais, incide seu art. 2º, assim dispondo: “aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (*tempus regit actum*).

3.8 Formação propriamente dita

Em cumprimento ao art. 979 do CPC e da Resolução CNJ n. 235/2016, o STJ criou internamente o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, cuja atribuição é acompanhar os processos afetados ou admitidos para julgamento sob o rito dos repetitivos ou da assunção de competência em todas as suas etapas; disponibilizar, de forma integrada com a pesquisa de jurisprudência do tribunal, a sua consulta detalhada na página do Superior Tribunal de Justiça na internet, conforme dispõe o art. 121-A, § 2º, do RISTJ.

A partir de 26/10/2017, em obediência ao art. 257 do RISTJ, a deliberação da proposta de afetação de recurso ao rito dos repetitivos ocorre em ambiente virtual, quando os Ministros analisarão se preenchidos os requisitos, dentre outros, competência do STJ; pressupostos recursais genéricos e específicos; vícios graves e, no caso da afetação do recurso à sistemática dos repetitivos, se possui multiplicidade de processos com idêntica questão de direito ou potencial de multiplicidade. Com o assentimento de maioria simples e publicação do acórdão proferido pelo órgão julgador, a proposta de afetação transforma-se em tema repetitivo.

Em resumo, publicado o *decisum* de afetação ou de admissão, a equipe do NUGEP extrai a questão jurídica a ser apreciada e demais informações essenciais do processo e as disponibiliza no sítio eletrônico do STJ. Um número sequencial é criado para identificação do tema (RISTJ, art. 121-A, § 1º) e submetido ao rito qualificado.

Uma amostra do trabalho do NUGEP é apresentada na revista Boletim de Precedentes. Abaixo segue um corte da Terceira Seção constante do referido periódico, dos processos que foram afetados, acórdãos publicados, controvérsias postas para discussão e controvérsias cancelas. O boletim é publicado bimestralmente. No caso, tem-se os dados de janeiro e fevereiro de 2024, considerando que de 20/12/2023 a 6/1/2024 o STJ está em recesso regimental.

Tabela 1: Recursos Repetitivos da Terceira Seção, no período de 20/12/2023 a 29/2/2024

RECURSOS REPETITIVOS DA TERCEIRA SEÇÃO	
PERÍODO DE 29/12/2023 A 29/2/2024	
TEMAS REPETITIVOS AFETADOS	
Tema:	
Processo(s):	
Questão submetida a julgamento	
Data da afetação:	
Abrangência da ordem de suspensão de processos:	
TEMAS COM ACÓRDÃO DE MÉRITO PUBLICADOS	
Processo(s):	
Tese firmada:	
Data de publicação do acórdão:	
AFETAÇÃO ELETRÔNICA	
Proposta de Afetação:	293 (Originada da Controvérsia n. 548)

Processo(s):	REsp 2085556/MG; REsp 2086269/MG e REsp 2087212/MG.
Relator:	Min. Jesuíno Rissato.
Questão submetida a julgamento:	Verificar se, para obtenção da remição da pena pela conclusão de curso na modalidade a distância, a instituição de ensino deve ser credenciada junto à unidade prisional em que o reeducando cumpre pena para permitir a fiscalização das atividades e da carga horária efetivamente cumprida pelo condenado.
Período de votação:	14/02/2024 – 20/02/2024.
Situação:	Em votação.
Abrangência da Suspensão:	Não suspender.
CONTROVÉRSIAS	
Instrumento que representa o conjunto de processos qualificados pelos tribunais de origem ou pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas como representativos da controvérsia, candidatos à afetação ao rito dos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (1º do art. 1.036 do CPC art. 46- AdoRISTJ).	
Controvérsia:	590.
Processo(s):	REsp 2094030/SC.
Descrição:	(Im)prescindibilidade de realização de perícia para a comprovação da materialidade delitiva do crime contra a relação de consumo previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990.
Data da criação:	21/02/2024.
Controvérsia:	592.
Processo(s):	REsp 2094410/RJ e REsp 2094357/RJ.
Descrição:	A necessidade ou não de prévia oitiva do condenado para regressão cautelar de regime prisional.
Data da criação:	21/02/2024.
Controvérsia:	593.
Processo(s):	REsp 2101592/SP e REsp 2115433/SP.
Descrição:	Definir se a aprovação parcial no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) assegura ao preso o direito à remição da pena.
Data da criação:	Data da criação: 21/02/2024.
Controvérsia:	594.
Processo(s):	REsp 2088626/RS e REsp 2100005/RS.
Descrição:	Se a oitiva do representado na audiência de instrução e de julgamento deve obedecer ao disposto no art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou ao disposto no art. 400 do Código de Processo Penal.
Data da criação:	21/02/2024.
Controvérsia:	595.
Processo(s):	REsp 2095088/SP e REsp 2101496/SP.
Descrição:	Discute se o delito tipificado no artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso) consuma-se com a utilização ou a apresentação do documento falso, não se exigindo a demonstração de efetivo prejuízo à fé pública nem a terceiros.
Data da criação:	21/02/2024.
CONTROVÉRSIAS CANCELADAS	
Controvérsia:	543.
Processo(s):	REsp 2059576/MG e REsp 2059577/MG.
Descrição:	Se a natureza e a quantidade de droga apreendida são suficientes ao afastamento da fração máxima da minorante do tráfico privilegiado.
Motivo do cancelamento:	A controvérsia foi cancelada em razão do disposto no art. 256-G do RISTJ que prevê hipótese de rejeição presumida da condição de representativo da controvérsia quando ultrapassado o prazo de 60 dias úteis.
Data do cancelamento:	16/02/2024.
Controvérsia:	545.
Processo(s):	REsp 2091435/RJ.
Descrição:	Se é cabível o reconhecimento do direito à remição de pena pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, na hipótese de

	o reeducando possuir diploma de curso superior anterior ao início do cumprimento da pena.
Motivo do cancelamento:	A controvérsia foi cancelada em razão do disposto no art. 256-G do RISTJ que prevê hipótese de rejeição presumida da condição de representativo da controvérsia quando ultrapassado o prazo de 60 dias úteis.
Data da criação:	28/02/2024.

Fonte: Boletim de Precedentes do STJ, Ano 8, Edição 17. 20/12/2023 a 29/2/2024.

Para ilustrar, confira-se a proposta de afetação no **REsp nº 1954997 – SC**, submetida a julgamento da Terceira Seção:

Ainda irredignado, o Órgão de acusação interpôs o presente recurso. Nele, afirma, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 215-A e 217-A, ambos do Código Penal.

Em resumo, assevera que a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos configura o delito do art. 217-A do Código Penal, qual seja, estupro de vulnerável. Por isso, refuta tanto a aplicação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais quando a do art. 215 do Estatuto repressor.

Nesta Corte, a Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas identificou, no feito, matérias com "potencial de repetitividade ou com relevante questão de direito, de grande repercussão social, aptas a serem submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos", nos termos do art. 46-A, IV, do RISTJ.

Por isso, selecionou este e mais três recursos, Recursos Especiais n. **1.957.637/MG**, **1.958.862/MG** e **1.959.697/SC**, como representativos da controvérsia.

O Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente à afetação. Também favorável foi o parecer do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

No mesmo sentido, a Defensoria Pública da União. Ela destacou que o recurso eleito como representativo contém abrangente argumentação e discussão a respeito da matéria. Pontua que a questão foi prequestionada. No mérito, e como contraponto à tese ministerial, a DPU argumenta que art. 215-A do Código Penal conferiu melhor adequação da retribuição (rigor da pena) à gravidade do fato e da culpabilidade do agente nos casos de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Nesse sentido, diz que, não fosse o dispositivo em questão, os juízes continuariam a ter de subsumir condutas pouco lesivas, como "beijo roubado" ou "passada de mãos", de um lado, ao crime de estupro de vulnerável - cuja pena equivale àquela aplicada a quem pratica cópula vaginal forçada - ou, de outro lado, à contravenção penal de perturbação da tranquilidade, cuja pena é prisão simples, de 15 dias a 2 meses, ou multa. Nestes termos, conclui que a aplicação do crime de importunação sexual para as situações menos ofensivas atenderia ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, o em. Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas determinou a distribuição do recurso.

É o relatório.

De fato, a multiplicidade de recursos e a relevância da matéria recomendam a submissão do feito à apreciação da Terceira Seção, na forma dos arts. 1.036 e ss. do CPC e 256 e ss. do RISTJ.

Com efeito, em observância ao art. 1.037 do CPC:

- (a) consigne-se que a questão a ser submetida a julgamento diz respeito à **possibilidade ou não de se desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)**;
- (b) (b) oficie-se aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, para que suspendam o processamento dos recursos especiais que tratem de idêntica questão de direito.
- (c) (c) comunique-se o inteiro teor desta decisão aos Ministros integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

- (d) (d) oficie-se, ainda, a Defensoria Pública da União para figurar como *amicus curiae*;
- (e) (e) após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.
É o voto.

Esse exemplo posto é paradigmático, pois não somente exhibe as etapas de formação de um precedente qualificado em matéria penal na Terceira Seção do STJ, mas também toca no cerne do problema objeto desta pesquisa:

- Como tem sido a interpretação do STJ acerca do princípio da legalidade aplicado ao Direito Penal em suas decisões qualificadas como precedentes?

Em hipóteses como essa, a *ratio decidendi* a ser formada da questão jurídica sobre a possibilidade ou não de desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP), indicará se o STJ tem mitigado ou não o princípio da legalidade em matéria penal, levando em conta as circunstâncias fáticas, que, no caso vertente, são gravíssimas.

Anote-se que a tese formada a partir desse caso concreto dirá se, em casos com semelhanças suficientes a esse, que foram suspensos ou posteriores, a pena deverá ser fixada entre 1 e 5 anos ou 8 e 15 anos. Daí então que, tendo Magistrados que decidem pela possibilidade e outros pela inviabilidade de desclassificação, é forçoso perceber a existência de um problema de insegurança jurídica, tanto para a sociedade, que vê sua paz perturbada, quanto para o acusado, que se depara com situações semelhantes à sua resolvidas de forma diversa.

4 INDICADORES E INFERÊNCIAS

4.1 Escolhas metodológicas e parâmetros de análise

De partida, é preciso dizer que sempre que possível se utilizará das premissas metodológicas constantes da dissertação de mestrado de Lara Carolina Miranda, inclusive sua estrutura básica, bem como do artigo “O Superior Tribunal de Justiça e os seus precedentes vinculantes no direito penal e processual penal”, de Márcio de Evangelista Ferreira da Silva.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica delimitada ao tema princípio da legalidade e precedentes judiciais, procurando restringir sua aplicação ao direito penal. Assim, foi solicitado a disponibilização de artigos e textos sobre o tema à Biblioteca do STJ, que, no dia seguinte, após pesquisa exaustiva na sua base de dados, encaminhou-me alguns documentos referentes ao assunto de meu interesse – alguns artigos publicados em revistas jurídicas e em livros.

Para mais subsídios bibliográficos, seguiu-se orientação do Professor Alexandre Araújo Costa, dada no Curso de Metodologia da Pesquisa, e utilizou-se das plataformas Mendeley, Scielo Brasil, além do Google Acadêmico, que, por sua vez, direcionavam para artigos publicados em revistas jurídicas. Vale ressaltar que houve preocupação de selecionar, sempre que possível, artigos de periódicos com *qualis* de B1 a A1. Ademais, foram usados como argumentos de pesquisa os termos “princípio e legalidade e direito penal”, “precedente e direito penal”, “*stare decisis*”, “axioma”, por exemplo, a fim de limitar a busca.

Tendo sido apresentado os aspectos e referências teóricas do princípio da legalidade aplicado ao direito penal, assim como em relação às definições originárias sobre *stare decisis* e sua adequação à realidade *civil law* brasileira, inicia-se o estabelecimento do assentamento das bases e critérios metodológicos escolhidos, a fim de extrair das decisões do STJ qualificadas como precedentes qualificados respostas ao problema da presente pesquisa, mediante conversão de tais conceitos abstratos em variáveis observáveis⁴¹.

Para tanto, observar-se-á as etapas mencionadas por Yeung (2017, p. 255 - 257), como “Técnicas de coleta e tratamento de dados nos Estudos Jurimétricos de Decisões Judiciais”, adaptadas aos objetivos dessa pesquisa:

- 1^a – Acessar as decisões judiciais que se quer estudar, analisar;
- 2^a – fazer o trabalho de tabulação dos temas repetitivos que serão analisados, em tabela do *office*;
- 3^a – estudar os precedentes selecionados;
- 4^a – tabulação dos dados extraídos da análise, em tabela do *office*;

⁴¹ De acordo com Castro (2017, p. 49), “A operacionalização de construtos teóricos consiste na transformação de conceitos abstratos, advindos da teoria, em definições concretas ou variáveis observáveis”.

5ª – tratamento dos dados; e

6ª – confecção de gráficos que possam informar padrões ou tendências; e

7ª – construção do diagrama de Venn, constante da fl. 137, por meio do aplicativo PowerPoint, sendo transportado para o Word.

Nessa esteira, é preciso ter em mente lição do professor Alexandre Costa, ao dizer que, se um jurista apresentasse “uma descrição sistemática do modo pelo qual os juízes constroem seus argumentos para enfrentar os casos regulares e irregulares, esse modelo explicativo poderia ser considerado científico: um modelo que trata de um comportamento específico” (Costa, 2023, p. 122).

Saliente-se que não se pretende emitir juízos sobre a correção ou não das teses fixadas nos precedentes analisados ou acerca do modo como se chegou a tais conclusões. Essa pesquisa fará uso do método quantitativo, do qual se destacará inferências descritivas, buscando-se padrões decisórios.

Ora, levando em conta as críticas à ideia do “juiz boca da lei”, desobrigado ou até mesmo proibido de considerar outros fatores que permeiam o tecido social, tanto quanto à discricionariedade judicial, como o Superior Tribunal de Justiça tem atuado no exercício de sua missão constitucional, no que se refere ao princípio da legalidade aplicado ao direito penal? Tem mitigado, por exemplo, a legalidade estrita? Nos casos de lacunas da lei, tem interpretado de modo a agravar a consequência penal ou restringido a aplicação legal?

Sabe-se que a missão Constitucional do STJ é consolidada por meio de seus pronunciamentos vinculantes. Em razão disso, faz-se um recorte para se procurar respostas aos referidos questionamentos, por meio de um trabalho de busca de acórdãos da Terceira Seção do STJ, proferidos sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos; dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas; bem como da Corte Especial; no sítio eletrônico do STJ, direcionado à pesquisa de precedentes qualificados⁴², onde é possível filtrar para que seja retornado apenas “repetitivos” e relativo ao “direito penal”. Veja-se:

⁴² STJ. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/. Acesso em: 08/04/2024.

STJ Precedentes Qualificados

[Precedentes no Telegram](#)
[Precedentes nas Mídias](#)
[Outros NUJEPNACs](#)

Consulte o quantitativo de processos paralisados em todo o país aguardando o julgamento de recursos repetitivos [Saiba mais](#)

[←](#) [→](#)

Pesquisa de Precedentes Qualificados

Digite o termo ou número do tema/controvérsia que deseja pesquisar

Mostrar os operadores > Pesquisa avançada ▾

Operador padrão: e adj **Configurações:**

[Pesquisar sinônimos](#) [Pesquisar plurais](#)

Repetitivos Controvérsias IACs SIRDRs PUILs Todos

Número do tema: a

Data: a

Obs: Pesquisa por data é somente permitida se apenas um tipo de precedente estiver selecionado.

Processo:

Ramo do Direito:

Ordenação:

Imagem 1 – pesquisa de precedentes

Os dados extraídos das decisões selecionadas da Terceira Seção serão minerados para a obtenção das seguintes informações:

- i) As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal solucionam apenas controvérsias que decorrem diretamente de interpretação da lei penal? Se não, qual o fundamento utilizado?
 - a. Por meio desse dado, visa-se verificar se o STJ tem criado teses generalizáveis sem a existência de lei regulando o tema posto sobre direito penal?
- ii) Tratando-se de aplicação do direito penal, sempre observam o princípio da legalidade, o qual desdobra-se na exigência de lei escrita; irretroatividade da lei penal, salvo quando para beneficiar o réu; descrição precisa e fechada da conduta proibida na lei, isto é, subprincípio da taxatividade; e exigência de lei estrita (formal), originada no Poder Legislativo, sendo vedada a criação de normas incriminadoras ou que agrave a pena por meio da analogia, exceto a *bonam partem*?
- iii) No julgamento de um precedente qualificado na Terceira Seção é possível identificar fundamentos orientados por convicção pessoal, discricionários ou

utilizam-se sempre métodos de interpretação, a dogmática-lógico-jurídico penal, com o fim de minimizar a subjetividade?

- iv) No exercício interpretativo, adota-se premissas, axiomas, a partir dos quais se deduzem soluções consideradas adequadas? Quais os principais axiomas aos quais se conferem elevado grau de consenso?
- v) O STJ utiliza das técnicas de *overruling* com frequência?

Pois bem. Com esse norte acerca do que se investigará nos precedentes qualificados, formados na Terceira Seção do STJ, delimitados apenas naqueles que dizem respeito ao direito substantivo, passou-se a pesquisar os precedentes que serão objeto de leitura e análise, com o fim de encontrar os dados necessários.

Para tal, digitou-se no espaço para ‘pesquisa de precedentes’ (Imagem 1) os termos ou argumentos de pesquisa constantes da tabela 2 abaixo, com os seguintes resultados:

Tabela 2 – Argumentos de pesquisa e resultados.

ARGUMENTO DE PESQUISA	TEMAS RESULTANTES	TEMAS PARA ANALISAR
“princípio e legalidade”	446, 447, 600, 931, 1006, 1087, 1121 e 1139	157, 190, 191, 447, 585, 593, 596, 600, 646, 847 (cancelado), 918, 931, 933, 983, 992, 1006, 1060, 1077, 1087, 1100, 1110, 1121, 1139, 1155, 1172, 1205, 1218
“analogia e legalidade”	1087	
“analogia”	992, 1087	
“legalidade e taxatária”	1087	
“tipicidade”	157, 447, 593, 646, 847 (cancelado), 918, 931, 933, 1060, 1205	
“fato e típico”	1218	
“exclusão”	596, 1218	
“ilicitude”	1139	
“culpabilidade”	1077	
“dosimetria”	190, 191, 585, 596, 1077, 1087, 1110, 1121, 1139, 1172	
“interpretação”	447, 600, 847, 983, 1087, 1100, 1121, 1139, 1155, 1172	

Fonte: criação própria

Importa dizer que o uso de mais de dois termos para efetivar a pesquisa (por exemplo; “princípio e legalidade e dosimetria”) resultou em 0 (nenhum) precedente. Em razão disso, digitou-se os referidos termos, isolados ou em conjunto com no máximo um outro, e, após a ordem de pesquisa, o sistema retornou, considerando todos os argumentos de pesquisa

propostos, 27 temas ao todo, julgados sob a sistemática do recursos especiais repetitivos, de modo que facilitou a seleção dos precedentes a serem analisados.

Dos 27 temas, apenas o 847 não será objeto de análise, tendo em vista que foi cancelada a afetação da sua controvérsia, que buscava responder “Se a conduta de portar arma de fogo desprovida de munição configura fato criminoso tipificado no art. 10 da Lei n. 9.437/1997 - porte ilegal de arma de fogo”.

Confira-se como foi apresentado o resultado para o argumento de pesquisa “excludente” na imagem 2 abaixo:

STJ Precedentes Qualificados

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de Origem	Questão Submetida a Julgamento	Tese Firmada	Situação do Tema
Tema 596	REsp 1311408/RN	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJRN	Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, suprimida ou adulterada (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003). Abolition criminis temporária. Prorrogações. Termo final.	É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a abolição criminis temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003.	Trânsito em Julgado
Tema 1218	REsp 2083701/SP	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TRF3	Definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.	A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.	Acórdão Publicado
	REsp 2091651/SP	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TRF3			
	REsp 2091652/MS	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TRF3			

Imagem 2 – pesquisa de precedentes usando o argumento “excludente”

Essa estratégia de usar termos isolados ou com no máximo mais um, torna a ordem de pesquisa menos específica. Isso é importante para eliminar ou mitigar vieses de seleção. Ao mesmo tempo se deu, intencionalmente, a escolha dos termos utilizados. Todos eles estão presentes, direta ou indiretamente, na base teórica da presente dissertação e estão intrinsecamente conectados ao foco da pesquisa, mas não necessariamente à variável dependente do princípio da legalidade.

Perceba, a título de exemplo, que os elementos básicos (dogmática penal) da teoria do crime pode caminhar lado a lado do princípio da legalidade, todavia, ao mesmo tempo, existem

conceitos dogmáticos jurídicos-penais extralegais, que, por sua vez, podem impor uma interpretação restritiva da norma penal.

Em razão disso, espera-se que, para além do princípio da legalidade, os ministros relatores tenham subsidiado seus votos com, por exemplo, os métodos clássicos de interpretação, a dogmática penal, argumentos extralegais etc.

De igual modo, o viés de seleção é mitigado pela variedade de relatores dos precedentes. No gráfico abaixo, ao longo dos anos de 2012 a 2024, os 26 temas levados a julgamento foram relatados por 11 Ministros. O marco 2012 ocorre aleatoriamente, pois os critérios de pesquisa adotados não delimitaram intervalo de tempo. Aliás, esperava-se que se retornassem resultados a partir da vigência da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, a qual regulou o julgamento sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos.

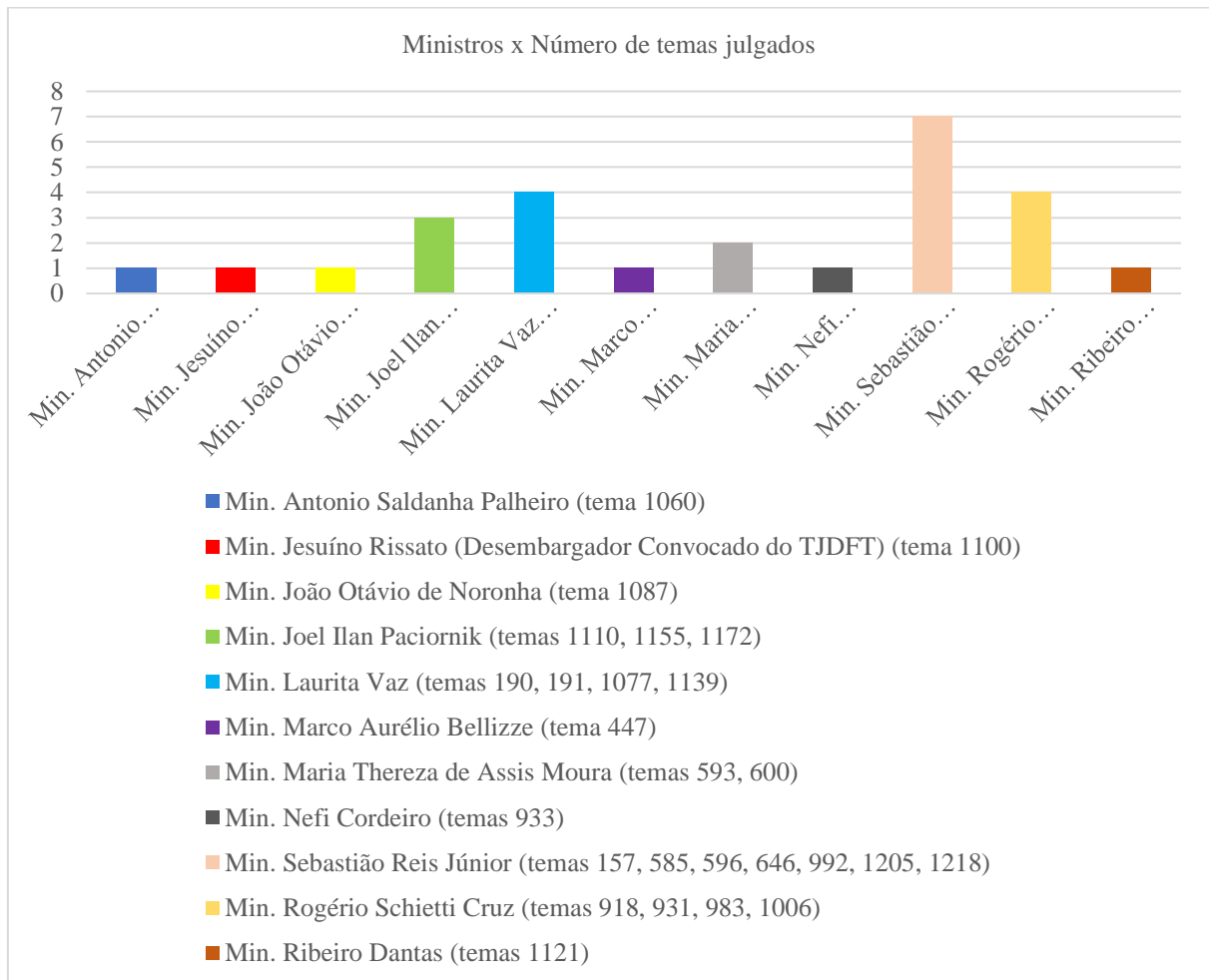


Gráfico 1 - Ministros x Número de temas julgados

Cumprе salientar que o tema 157 foi revisado, sob a relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, mas, originalmente, teve por relator o Min. Felix Fischer. Ademais, ainda sob a relatoria daquele ministro, o tema 585 também sofreu revisão da tese fixada. Bem assim, o tema 600 teve confirmada a proposta de sua revisão, agora sob a relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, da tese firmada no REsp1.329.088/RS, então da relatoria do Ministro Sebastião Reis. Por fim, sob a relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, o tema 585 também sofreu revisão da tese fixada anteriormente.

Levando em conta a delimitação da pesquisa, será elaborado um panorama geral da atuação do STJ, desde a vigência da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, a qual regulou o julgamento sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos.

A propósito, vejam a relação do temas julgados, por ano, até 2024, considerando apenas o conjunto delimitado da pesquisa.

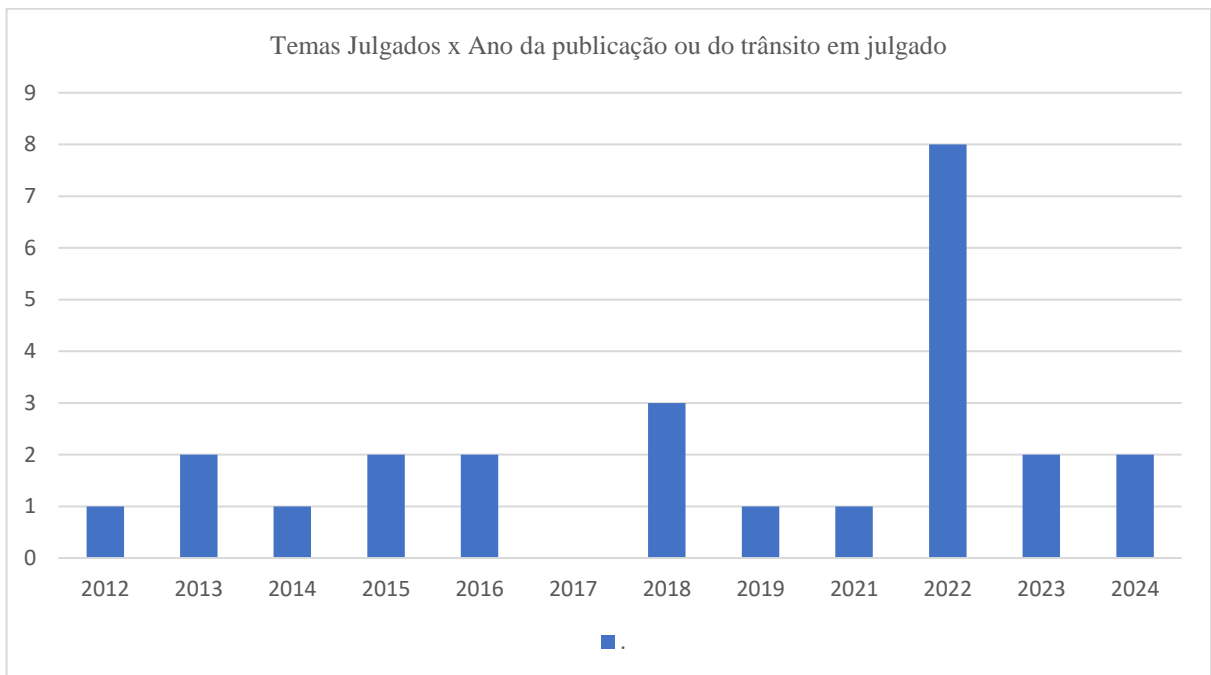


Gráfico 2 - Temas julgados x Ano da publicação ou trânsito em julgado

A discrepância de precedentes julgados no ano de 2022 pode ter ocorrido em razão da pandemia, que, possivelmente, represou as pautas de 2020 e 2021. A propósito, em 2020 não há registros de julgamentos de recurso especial repetitivo na Terceira Seção.

No exame dos precedentes qualificados, optou-se por trazer à colação a transcrição dos trechos relevantes dos julgados, pois, tratando-se de *stare decisis*, à brasileira é verdade, importa a descrição fática e a *ratio decidendi*, para que se tenha uma visão global da linha de raciocínio dos Tribunais de origem, da Terceira Seção e, das partes quando se fizer necessário.

Ademais, essa é uma parte fundamental da pesquisa, porquanto dela decorre a transformação de informações não-estruturadas em dados numéricos, que são, segundo Castro (2017, p. 40), a “matéria prima fundamental da pesquisa quantitativa”.

Certamente, haverá precedentes nos quais o relator não expressará diretamente estar usando fundamento da legalidade estrita, métodos clássicos de interpretação ou a dogmática penal, mas, tendo em vista os conceitos assentados no marco teórico, é possível mitigar essa fragilidade.

4.2 Práticas e possíveis tendências decisórias: análise dos temas selecionados

Esse é o momento de analisar cada tema julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, a fim de coletar dados que se traduzam em número de acórdãos que são fundamentados pela legalidade estrita; que junto à legalidade, são alicerçados na dogmática penal, em métodos de interpretação e/ou em argumentos linguístico-lógicos-jurídicos decorrentes de axiomas dogmáticos; ou em que se desprezou ou a legalidade estrita para a solução da controvérsia.

Tabela 3 – Informações do Tema 157

Tema	Processo	Ministro Relator	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 157	REsp 1.688.878/SP	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJSP	Discute-se a revisão da tese fixada no REsp n. 1.112.748/TO (representativo de controvérsia) - Tema 157, a fim de adequá-la ao entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de considerar o parâmetro estabelecido nas Portarias n. 75 e 130/MF (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.	Revisado/ Trânsito em julgado/ 23/4/2018

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 2.688.878/SP**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 157/STJ, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado por maioria pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial, modificando o Tema 157 (REsp n. 1.112.748/TO).

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à revisão da tese fixada no REsp n. 1.112.748/TO (representativo de controvérsia) - Tema 157, a fim de adequá-la ao entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de considerar o parâmetro estabelecido nas Portarias

n. 75 e 130/MF (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

Em sua manifestação, o Ministério Público Federal apontou que, de fato, houve violação aos arts 334 do CP e 20 da Lei nº 10.522/2012, opinando pela manutenção do entendimento então adotado pelo STJ, no sentido de ser aplicável o princípio da bagatela nas hipóteses em que o débito tributário não exceda o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com lastro na disposição legal em vigor naquele momento. Confira-se:

Lei nº 10.522/2012. Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O *parquet* federal argumentou, ainda, que as “portarias do Ministério da Fazenda - meros atos administrativos - não têm o condão de modificar dispositivos de lei federal, que só podem ser alterados mediante o processo legislativo previsto na Constituição da República, cuja competência é exclusiva do Congresso Nacional”; bem como que “o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) previsto nas mencionadas normas regulamentares e adotado como parâmetro pelo Supremo Tribunal Federal se mostra excessivamente vultoso, sobretudo quando comparado ao valor do salário mínimo vigente no País, inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais)”.

No caso concreto, Salete da Silva Zilli foi acusada pela suposta prática do crime tipificado no art. 334, § 1º, *d*, e § 2º, do Código Penal, por ter ilidido o total dos tributos em R\$ 16.054,59 (dezesseis mil cinquenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos). Por sua vez, a Corte local reformou o *decisum* do Magistrado singular por entender que haveria de ser aplicado o princípio da insignificância ao delito de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não exceder R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos das Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, que, na prática, acabaram por alterar a previsão contida no art. 20 da Lei n. 10.522/2, com arrimo no entendimento assentado pelo STF.

Quando do julgamento do recurso especial repetitivo, é certo que o relator fez uma **interpretação sistemática**, no sentido de se adequar ao entendimento firmado pelo STF.

Na ocasião, faz-se necessário mencionar que foi tão somente com o fim de se moldar à definição de bagatela dada pela Suprema Corte em relação a tributos iludidos, que o STJ rejeitou o Tema 157, alterando seu entendimento de que o princípio da insignificância poderia ser aplicado quando o valor dos tributos elididos não ultrapassasse o montante de R\$ 100,00 (cem reais).

Confira-se os fundamentos proferidos pelo Ministro relator Felix Fischer no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.112.748/TO (Tema 157):

A controvérsia instaurada no presente feito cinge-se à verificação dos parâmetros a serem utilizados na aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho. É certo que referido princípio pode incidir no crime em comento, pois há muito a jurisprudência - mormente a dos Tribunais Superiores - sedimentou-se no sentido de admitir sua aplicação como forma de afastar a tipicidade material do fato.

Impende asseverar que em razão das inúmeras alterações legislativas que se sucederam (Leis nº 9.469/97 - 10.522/02 - 11.033/04), promoveu-se uma mutação na jurisprudência quanto aos contornos da aplicação do princípio para alcançar-se, na matéria, o conceito de infração de bagatela.

Assim, haja vista a polêmica instaurada, a questão foi submetida recentemente à apreciação da Terceira Seção desta Corte que, por maioria, entendeu ser impossível a aplicação do princípio quando o valor dos tributos elididos ultrapassasse o montante de R\$ 100,00 (cem reais).

[...]

Por derradeiro, nessa linha de ressalva, dizer-se que o arquivamento com baixa nos termos do artigo 18 § 1º da Lei 10.522/02 enseja a atipicidade legal, parece-me destituída de fundamento jurídico. Em momento algum nesta hipótese é dito que o débito não existiu por ocasião da conduta delituosa. A ação era típica e por questões meramente operacionais na esfera extra-penal deixou de despertar interesse, daí porque a conduta que é legalmente típica passa a ser penalmente atípica em decorrência da aplicação do princípio em foco.

[...]

Por tais razões, entendo não ser adequada, permissa venia, a aplicação do referido postulado quando o débito tributário ultrapassa o montante de R\$ 100,00 (cem reais). Contudo, não obstante os argumentos acima expendidos, verifico que a orientação firmada nesta Corte por ocasião do julgamento do já citado EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009, merece ser revista em razão da atual jurisprudência que o Pretório Excelso firmou acerca da *quaestio*.

Com efeito, o c. Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (R\$ 10.000,00)

Na hipótese vertente, a despeito de não ter havido alteração legal do valor limite utilizado por parâmetro, para fins de incidência do princípio da insignificância (art. 20 da Lei 10.522/2012, com redação dada pela Lei nº 11.033/2014), nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda”.

Por fim, vale mencionar o seguinte excerto do voto vencido, em que se destaca a dogmática e da legalidade aplicada:

Com efeito, referidos diplomas não ostentam a condição de normas revogadora e revogada para fins de aplicação do princípio da insignificância, que tem sede jurisprudencial e não legal, mormente porque o ajuizamento da execução fiscal é regido pelos critérios de eficiência, economicidade e praticidade e não está sujeito a

um patamar absoluto, já que a própria Portaria nº 75/2012 autoriza a execução de valores inferiores.

[...]

Tal parâmetro, repita-se, não está necessariamente atrelado aos critérios fixados nas normas tributárias para o ajuizamento da execução fiscal - tanto que adotado o valor mínimo para a suspensão e não para a extinção da exigibilidade do crédito tributário - mas no valor objetivo de R\$ 10.000,00 adotado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.748/TO, que decorre de construção jurisprudencial erigida a partir de medida de política criminal, como sói acontecer nos casos de aplicação do princípio da insignificância, que subtrai a sua tutela nos casos de mínima ofensividade, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade e mínima lesão ao bem jurídico tutelado.

E não há razão de ordem político-criminal que justifique, pelo menos por ora, a adoção de parâmetro diverso, estando o valor de R\$ 10.000,00 consentâneo com os preceitos norteadores do princípio da insignificância.

Tabela 4 – Informações dos Temas 190 e 191

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 190 e 191	REsp 1117068/PR	LAURITA VAZ	TJPR	Questão referente à fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, bem como a determinação de que o percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incida sobre o caput do mesmo artigo, caso seja mais benéfico ao paciente.	Trânsito em Julgado/ 10/8/2012

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.117.068/PR**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 190 e 191/STJ, a Ministra relatora Laurita Vaz teve seu voto acordado por maioria pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial para *i)* afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e *ii)* reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, restando condenada à pena de 03 anos de reclusão.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, bem como a determinação de que o percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incida sobre o *caput* do mesmo artigo, caso seja mais benéfico ao paciente.

No caso concreto, a Corte local negou provimento ao apelo ministerial, que sustentou a inadmissibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal em face da incidência de circunstância atenuante e, alternativamente, requereu que a diminuição da pena-base em razão da menoridade e confissão espontânea fosse realizada em idêntico patamar do acréscimo pelo

reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a reprimenda em de 3 (três) anos de reclusão.

O Tribunal de Justiça paranaense negou provimento ao recurso ministerial à unanimidade e, por maioria, adequou de ofício a pena e o regime de seu cumprimento, nos seguintes termos:

"A meu ver, o condenado que tenha a seu favor circunstância que atenua a pena, não pode ser prejudicado por ter ela sido fixada no mínimo previsto ao tipo na primeira fase da dosimetria. Cabe, aqui, invocar o princípio da legalidade, na dicção do art. 65 do Código Penal, que dispõe: "são circunstâncias que sempre atenuam a pena".

Não é demais lembrar que as três fases adotadas pelo Código Penal são absolutamente distintas e independentes. Na primeira fase, há o limite entre o mínimo e o máximo aplicável abstratamente ao tipo; na segunda, o exame obrigatório das circunstâncias que sempre atenuam ou agravam a pena (art. 61 e 65 do Código Penal); e na terceira e última, as causas de aumento ou de diminuição da pena. Nenhuma delas exclui ou substitui a outra nem limita o julgador de aplicá-las.

Ao contrário, ditam, de forma impositiva, ao Juiz, na segunda fase, as circunstâncias que sempre atenuam a pena.

[...]

As circunstâncias atenuantes caracterizam-se como direito subjetivo do acusado ao decréscimo da pena, sempre que presentes quaisquer das hipóteses do artigo 65, I a III do Código Penal.

Por isso, correta, a meu ver, a fixação da pena abaixo do mínimo legal.

No tocante ao pedido alternativo de redução proporcional entre as atenuantes e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não vejo a possibilidade de acolhimento. Com efeito, não cabe ao magistrado simplesmente compensar as circunstâncias judiciais desfavoráveis com as atenuantes, mas realizar juízo subjetivo e discricionário, em cada fase da fixação da pena.

Portanto, não vislumbro a possibilidade de acolher o inconformismo do apelo.

Por outro viés, tenho que a apelada faz jus ao reconhecimento, *ex officio*, da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, uma vez que se trata de ré primária, de bons antecedentes (certidão de fls. 32), que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização do mesmo gênero.

Contudo, levando em conta a natureza e quantidade de droga apreendida, e demais circunstâncias que envolveram a apreensão, aplico a redução em seu patamar mínimo de 1/6 (um sexto), na pena aplicada.

Assim, a pena resta fixada em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Por derradeiro, quanto à fixação do regime de cumprimento de pena, entendo, também neste ponto, ser necessário proceder, de ofício, ao seguinte ajuste.

[...]

Diante de tal argumentação, a pena da apelada Ângela Cristina Soares de Oliveira fica definitivamente estabelecida em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 41 (quarenta e um) dias-multa. (OPERAÇÃO: pena base: 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, menos 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, por conta das circunstâncias atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, e menos 1/6, por conta da aplicação *ex officio* da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06).

Destarte, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso, com a redução, de ofício, da pena fixada em sentença, à luz do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Também de ofício, promovo a adequação da forma de cumprimento da pena, fixando o regime inicialmente fechado, ressalvada a competência do Juízo da Execução Penal para analisar os requisitos objetivos e subjetivos para eventual progressão."

Nesse contexto, verifica-se que a hipótese vertente demandou (i) a interpretação dos arts. 59, II, e 65 do CP que dispõe: “São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena” (grifo nosso), e 68 também do CP; (ii) a definição sobre a possibilidade de que atenuantes ou agravantes produzissem penas inferiores ou superiores aos limites estabelecidos abstratamente; e (iii) se poderia haver a combinação de uma lei anterior e uma posterior, quando beneficiar o réu, no caso, do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 à pena prevista no art. 12 da Lei n.º 6.368/76.

É certo que a relatora fez uma **interpretação teleológica, histórica e lógica**, na medida em que as agravantes também sempre agravam a pena, contudo, não podem ultrapassar o limite máximo, sob pena de violar a legalidade estrita. Ademais parte da premissa estabelecida na Súmula 231/STJ, consubstanciada na dicção de que “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

De início, é firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior, *in verbis*: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*”

Outrossim, a jurisprudência desta Corte Superior é sedimentada no sentido de que individualizar a pena é função do julgador consistente em aplicar, depois de examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Como parâmetro inicial, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, em estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal.

Evidentemente, o Magistrado pode majorar ou reduzir o montante da pena dentro dos limites legais, para, ao final, impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer. Contudo, deve fazê-lo em estrita obediência ao regramento estabelecido no art. 68 do Código Penal, devendo cada etapa ser pormenorizadamente motivada com dados concretos.

Não ignoro os judiciosos fundamentos no sentido de que o sistema trifásico exige obediência ao disposto no art. 65 do Código Penal, o qual determina que as circunstâncias nele previstas **sempre** atenuam a pena.

Entretanto, com a devida vênia do posicionamento contrário, tal interpretação literal era rechaçada mesmo antes da reorganização sistemática da parte geral do Código Penal, dada pela Lei n.º 7.209/84. De fato, nunca predominou o entendimento de que as agravantes e atenuantes poderiam levar à fixação da pena fora dos limites mínimo e máximo abstratamente comidas ao crime.

E, por certo, a reforma do Código Penal trazida pela Lei n.º 7.209/84, ao adotar o critério trifásico de fixação da pena, não teve a intenção de permitir que atenuantes e agravantes produzissem penas inferiores ou superiores aos limites estabelecidos abstratamente para cada crime. Confira-se, por esclarecedora, a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

[...]

E não se diga que tal raciocínio implica admitir interpretação restritiva contra o réu ou violação ao princípio da individualização da pena. Como bem esclareceu o Exmo Ministro FÉLIX FISCHER, nos autos do Resp 146.056/RS:

[...]

Segundo, admitindo-se, *ad argumentando*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena "zero"?

[...]

Por último, a expressão "sempre atenuam" não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal.

Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, **até aí, reprovação mínima do tipo**. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes ("que sempre agravam a pena") pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E, isto, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o **princípio da legalidade formal**."(DJ de 10/11/1997)

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a aplicação retroativa do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, sem a combinação de lei anterior e posterior, isto é, sem a possibilidade de aplicar a minorante com a pena prevista na Lei n.º 6.368/76, conforme se fez no caso concreto.

Vale destacar voto vencido do Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado Do TJRJ), que fez interpretação literal do art. 65 do CP, veja-se:

"A lei posterior [é o caso, a Lei Nova, a Lei de Drogas], que de qualquer modo favorece o agente [se é de qualquer modo, o legislador diz de qualquer modo, pode conjugar lei], aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

O que o legislador constituinte quis? Ele assentou que, sempre que a Lei Nova, de qualquer maneira, for mais benéfica, ampliando as garantias de liberdade do indivíduo ou reduzindo vedações, ela deve ser aplicada.

Por fim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou as teses: a) **Tema 190** – “O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal”; b) **Tema 191** – “É cabível a aplicação retroativa da Lei n.11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da utilização da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis”.

Tabela 5 – Informações do Tema 447

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/ data
Tema 447	REsp 1111566/D F	MARCO AURÉLIO BELLIZZE	TJDFT	Discute-se o argumento de que a inclusão, efetivada pela Lei 11.705/08 ao artigo 306 do CTB, de concentração equivalente a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, não significa, de forma alguma, abrandamento da norma penal. Cria, na realidade, apenas maior dificuldade para comprovação fática daquilo que se contém na denúncia.	Trânsito em Julgado/ 20/2/2015

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Observa-se que, no julgamento do **REsp 1.111.566/DF**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 447/STJ, o Ministro relator Marco Aurélio Bellizze teve seu voto vencido.

É certo que o relator fez uma **interpretação não literal** do art. 306 do CTB, com redação dada pela Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca), que assim tipifica a conduta:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.
(NR)

Ato contínuo, foi editado Decreto nº 6.488/2008, complementando a norma penal em branco, conforme manda seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:
I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou
II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Insta transcrever, ainda, a redação anterior do dispositivo:

Art. 306 da Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro):
Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
Penas: detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."

A *quaestio* posta dizia respeito à **essencialidade** do elemento objetivo do tipo, confira-se: “Diante da recusa do infrator, alegando o direito de não autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), a comprovação da concentração de álcool dar-se-ia apenas por meio de exame de sangue ou teste em etilômetro (bafômetro) ou poderiam ser usados outros meios?”

No caso concreto, o réu provocou grave acidente de trânsito e, sendo conduzido ao Instituto Médico Legal, foi constatado, mediante **exame clínico**, estar com excesso de álcool no sangue.

Pois bem. Diante da nova redação do art. 306 do CTB, o TJDFT concedeu ordem de *Habeas Corpus*, para trancar a ação penal em desfavor do réu, por faltar justa causa, tendo em vista a retroatividade da lei mais benéfica.

O eminente Ministro relator entendeu que “a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio do etilômetro ou exame de sangue, podendo, contudo, ser suprida por outros meios legais, tais como o exame clínico ou a prova testemunhal, pelo menos para viabilizar o oferecimento da denúncia e o regular prosseguimento da ação penal”. Vale acrescentar que, para o relator, os fins, os valores e os bens jurídicos que se buscam proteger, como infere-se da vontade do legislador, suplantariam o direito do acusado de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo.

Desse modo, o voto-vencido aponta no sentido de uma clara mitigação do princípio da legalidade estrita. A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Apesar de não ser a questão aqui tratada, a meu ver, agora é indiscutível que o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a configuração do delito.

[...]

É certo que o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro poderia ter uma redação mais apropriada, que evitasse a possibilidade de interpretação que esvaziasse seu conteúdo e a própria finalidade de política pública de fundamental importância e alcance social. Todavia, isso não quer dizer que o Poder Judiciário deva se restringir a uma interpretação meramente literal da norma, desprezando a indiscutível intenção do legislador em tornar ainda mais rigorosa a punição para os motoristas que dirigirem embriagados (**mens legislatoris**), bem como os fins sociais a que se destina a norma (**mens legis**).

Se é certo que o objetivo manifesto do legislador não é o único fator a orientar a interpretação, também não é menos verdade que a legitimidade democrática e o pluralismo que marcam o debate parlamentar devam ser levados em consideração quando da interpretação de um texto normativo.

A interpretação das normas jurídicas também deve considerar os aspectos sistemático, teleológico e histórico, não sendo possível o processo hermenêutico dissociado do contexto histórico e social no qual foi produzida a norma interpretada.

Válido, no ponto, lembrar a precisa afirmação de Gadamer, no sentido de que "o isolamento do enunciado, sua separação de todo e qualquer contexto motivacional, é algo problemático, quando se considera o todo da ciência", sendo certo que o melhor modo para a superação do isolamento é a sua contextualização histórica (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: complementos e índices*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 229).

O texto legal deve ser respeitado sempre como o ponto de partida obrigatório para o intérprete. Contudo, parece-nos superada a visão clássica na qual bastaria ao aplicador a mera subsunção do fato à hipótese legal, atividade que haveria de ser despida de todo e qualquer juízo de valor, como nas famosas palavras de Montesquieu: "*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*" (*De l'esprit des lois*. Livre XI, chapitre VI, 1748).

De fato, em tempos de valorização do labor criativo do intérprete, ao menos no campo penal, a vinculação do julgador à letra da lei pode representar tanto um vício quanto uma virtude. E é por isso que se defende a atuação do intérprete apenas naquele espaço permitido pela literalidade do texto (Assim em ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte

General. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007, pp. 148/149; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 187/191). Nesta busca pelo sentido mais adequado a ser atribuído ao diploma normativo ganham relevância os fins almejados pela norma, o contexto histórico em que inserida e as pretensões sociais corporificadas nas decisões políticas do legislador. Afinal, “[f]rente a la ley, ante la ley, está la inmensa variedad de la vida.” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley Penal y su Interpretación*. Habana: Jesus Montero, 1949, p. 165).

Entretanto, por maioria de 1 (um) voto de desempate da Sra. Ministra Presidente, a 3ª Seção do STJ, assentou tese no sentido de que “O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro”.

Nesse diapasão, cumpre trazer à colação o seguinte trecho do voto condutor da divergência, proferido Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado Do TJ/RJ), o qual reverenciou o princípio da legalidade estrita em matéria penal:

O tipo penal que ora se discute é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação. Aplicar o critério subjetivo a um elemento objetivo desvirtua a natureza do próprio tipo penal e termina por configurar-se num grave erro de premissa que irá macular todo o processo de interpretação.

O art. 306, do CTB, expressamente define como crime a conduta de dirigir veículo em via pública com concentração maior que 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Note-se que o grau de embriaguez, aqui, é elementar do tipo penal, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei.

Relativizar um elemento penal objetivo poderia levar esse mesmo intérprete a permitir a persecução criminal em desfavor de um adolescente que, a despeito de ter 17 anos, demonstra preencher todos os requisitos de culpabilidade, sob os mesmos fundamentos de proteger-se a sociedade, a vida humana e o patrimônio. Ou então, deixar de aplicar o prazo prescricional reduzido ao acusado com mais de 70 anos, levando-se em consideração a sua periculosidade ou a gravidade do dano causado pela conduta praticada.

Ambas as hipóteses levam, por consectário lógico, à proteção dos bens mais caros da sociedade, cumprindo a finalidade do Direito Penal, tal qual nos termos do sistema proposto por Claus Roxin.

Assim, torna-se inadmissível a realização de outro meio de prova não previsto na norma incriminadora, o que, efetivamente, fere direitos fundamentais do réu.

Carece de razoabilidade qualquer tentativa de ignorar a construção jurídica elaborada durante séculos para acolher-se posições doutrinárias eventuais, não poucas vezes

criticadas e desprovidas de lastro na Constituição da República, que, com certeza, conduziria ao enfraquecimento do direito e à disseminação da insegurança jurídica. Não há espaço, mormente em matéria penal, para a vulgarização de princípios consolidados quando se trata de aplicar preceitos legais, dando-lhes sentido diverso daquele desejado pelo legislador. Salta aos olhos que o Judiciário carece de legitimidade para tanto.

Ao interpretar-se a norma jurídica de natureza penal, não se pode inovar no alcance de sua aplicação, substituindo o legislador, mesmo porque, à evidência, essa não é a tarefa do judiciário.

Agir de modo diverso é posicionar-se fora da realidade, numa questionável distorção do papel do juiz, porquanto não lhe cabe usurpar as funções de outro poder, segundo os preceitos que vigoram no Estado Democrático de Direito.

[...]

Em matéria penal, não se pode caminhar em terreno movediço, deixando ao intérprete uma ampla margem de discricionariedade que, em muitos casos, se confunde com arbitrariedades, sob a falsa aparência de decisões fundamentadas.

[...]

Dá-se a prevalência do interesse da sociedade a partir das lições de Roxin e Jacobs, próprios da Imputação Objetiva, onde leva-se em consideração o valor que a sociedade, num determinado momento e sob um determinado aspecto, confere a uma conduta ou ao agente que a praticou.

A grande incursão nesta jornada conduz, impreterivelmente, à adoção de um Direito Penal do Inimigo, conforme proposto por Jakobs na década de 90.

Ressalte-se, para fins de comparação com o modelo de *stare decisis* originário do *common law*, a questão de ordem suscitada pelo Ministro Og Fernandes, observando uma imprecisão técnica na escolha do recurso representativo da controvérsia. Acautela que, no caso concreto, o recorrido não se negou a fazer o teste de bafômetro, até porque, à ocasião, o referido teste não era exigido, “Sendo assim, ao que me parece, estaríamos fixando uma tese jurídica incapaz de incidir sobre o próprio caso concreto em discussão”, destaca.

Por fim, menciona-se que, após publicação deste precedente e de um acalorado debate público, o Congresso Nacional alterou o art. 306 do CTB ainda no ano de 2012; depois, nova alteração ocorreu em 2014, resultando na redação vigente:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

Tabela 6 – Informações do Tema 585

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 585	REsp 1931145/SP	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJSP	Proposta de Revisão de Entendimento firmado em tese repetitiva pela Terceira Seção relativa ao Tema 585/STJ, para fins de adequar a redação à hipótese de multirreincidência, com delimitação dos efeitos da compensação para ambas as espécies de reincidência (genérica e específica).	Trânsito em Julgado/ 1/9/2022

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.931.145/SP**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial e acolher a readequação da Tese n. 585/STJ.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito a delimitar os efeitos da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, irradiando seus efeitos para ambas as espécies (genérica ou específica), sendo imprescindível, ainda, adequar-se à redação do Tema n. 585/STJ à hipótese de multirreincidência.

Importa dizer que, anteriormente, no julgamento do Tema 585/STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/SP, acórdão publicado no DJe de 17/4/2013, relatoria do Ministro Sebastião Júnior foi firmada a tese no sentido de que, “observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena”.

No caso concreto, observa-se que as instâncias ordinárias, tratando-se de multirreincidência, compensou uma delas com a atenuante da confissão e utilizou as demais para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, nestes termos:

Anote-se, ainda, que **o apelante ostenta quatro condenações definitivas, pelos crimes de receptação, uso de documento público falso, tráfico de drogas e associação para o tráfico**. A propósito, havendo pluralidade de certidões, referentes a condenações diversas, nada impede que uma delas seja computada como reincidência e as demais como maus antecedentes, sem que isso caracterize *bis in idem*.

Nesse sentido:

[...] *Mutatis mutandis*, nada impede que uma condenação configure maus antecedentes, servido as demais para a reincidência, se não transcorrido o lapso

depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Diante disso, mantém-se a pena de partida, tal como estipulada.

Na segunda fase, **não há falar-se em compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Ao que consta, o réu é multirreincidente, fato que, sem dúvida, prepondera sobre a atenuante da confissão.**

Nesse sentido, já decidiu o C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

[...]

Diante disso, mantenho a exasperação em 1/5, perfazendo 8 anos de reclusão, e 799 diárias. [...]

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação lógica**, que, tendo por base o princípio da individualização da pena, utilizou-se da dogmática penal para deduzir que, no caso de multirreincidência, há de se ter uma resposta estatal mais contundente, impedindo a compensação de mais de uma reincidência por outra.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Em 11/10/2017, o tema suscitou novo debate pela Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 365.963/SP.

Naquela ocasião, definiu-se que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Em outras palavras, a reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

Destacou-se ainda que, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

[...]

Deveras, a condição de multirreincidência exige maior reprovação do que a conduta de um acusado que tenha a condição de reincidente em razão de um evento único e isolado em sua vida.

Ora, se a simples reincidência é, por lei, reprovada com maior intensidade, porque demonstra um presumível desprezo às solenes advertências da lei e da pena, reveladora de especial tendência antissocial, por questão de lógica e de proporcionalidade, e em atendimento ao princípio da individualização da pena, há a necessidade de se conferir um maior agravamento na situação penal do réu nos casos de multirreincidência, em função da frequência da atividade criminosa, a qual evidencia uma maior reprovabilidade da conduta, devendo, assim, prevalecer sobre a confissão.

Assim, a recidiva prepondera nas hipóteses em que o acusado possui várias condenações por crimes anteriores, transitadas em julgado, reclamando repressão estatal mais robusta.

Essa questão foi analisada de forma específica pela Quinta Turma, no julgamento do REsp 1.356.527/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellize, DJe 25/9/2013, e também pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.424.247/DF, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, DJe 13/2/2015:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVADO MULTIREINCIDENTE. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. REGIMENTAL PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente,

também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

2. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.

Tabela 7 – Informações do Tema 593

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 593	REsp 1193196/MG	MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA	TJMG	Penal e Processo Penal. Recurso Especial. Ofensa ao art. 184, § 2º, do CP. Mercancia de CD's e DVD's "piratas". atipicidade da conduta em face do princípio da adequação social	Trânsito em Julgado/ 5/2/2013

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.193196/MG**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 593/STJ, o Ministro relator Maria Thereza de Assis Moura teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial do *Parquet*.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade de ser considerada atípica a conduta de mercancia de CD's e DVD's "piratas", ante o tipo previsto no art. 184, § 2º, do CP, em face do princípio da adequação social.

No caso concreto, a Corte local manteve a sentença, a qual se utilizou a excludente de tipicidade extralegal chamada “adequação social” para afastar a subsunção do art. 184, § 2º, do CP à conduta praticada pelo réu de mercancia de CD's e DVD's "piratas". Veja-se os seguintes excertos do aresto hostilizado:

Tenho que a violação dos direitos autorais pela falsificação de mídia de DVD's ou CD's mais que uma questão meramente criminal é um problema global, que deve ser enfrentado sem se perder de vista o lado social.

[...]

Por outro lado, autoriza o funcionamento dos ditos "Shoppings populares", que seriam destinados à comercialização de produtos populares, mas que, sabidamente, não

passam de uma grande feira de produtos "pirateados", comercializados em plena luz do dia e com o conhecimento do Estado.

[...]

Feitas tais considerações, estou que a conduta perpetrada pela denunciada consistente em expor à venda, com intuito de lucro, DVD's e CD's diversos, reproduzidos com violação de direito autoral, inobstante formalmente típica, não é antijurídica, numa ideia material da tipicidade penal. Nesse aspecto, vale esclarecer que a tipicidade formal é a adequação de uma conduta à descrição abstrata de um crime. Já a tipicidade material analisa a lesividade da ação praticada pelo agente em face do bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Então, para ser delituoso um comportamento humano, além de subsumir-se a uma norma incriminadora (estar expressamente previsto em lei como crime), deve ter provocado uma ofensa relevante no bem jurídico tutelado, ou uma significativa ameaça de lesão a ele.

[...]

O princípio da adequação social, por sua vez, surgiu como uma regra de hermenêutica, ou seja, possibilita a exclusão de condutas que, embora se amoldem formalmente a um tipo penal (tipicidade formal), não mais são objeto de reprovação social, eis que se tornaram socialmente aceitas e adequadas. Esse princípio possui uma dupla função: restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade; orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, seja incluindo novas condutas, seja excluindo condutas não mais inadequadas à convivência em sociedade. Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, "a tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas" (*in* Manual de Direito Penal Brasileiro, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 461-463).

Logo, a análise do tipo conglobante é a verificação do tipo legal, associada às demais normas que compõem o sistema. Assim, algo pode preencher o tipo penal, mas, avaliando-se a conduta conglobantemente, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico, verifica-se que o bem jurídico protegido não foi afetado.

É certo que o relator fez uma **interpretação sistemática** do art. 184, § 2º, do CP, fazendo menção à aspectos constitucionais e da dogmática penal.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Com efeito, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conduta vender CD's e/ou DVD's falsificados, não pode ser tida como socialmente adequada, haja vista referida conduta não afastar a incidência da norma incriminadora prevista no artigo 184, § 2º, do Estatuto Repressivo Penal (violação de direito autoral), além de consubstanciar em ofensa a um direito constitucionalmente assegurado (artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal).

O fato de, muitas vezes, haver tolerância das autoridades públicas em relação a tal prática, não pode e não deve significar que a conduta não seja mais tida como típica, ou que haja exclusão de culpabilidade, razão pela qual, pelo menos até que advenha modificação legislativa, incide o tipo penal, mesmo porque o próprio Estado tutela o direito autoral.

Nesse sentido é a lição de Rogério Greco:

"Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores.

Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a

alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil". (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 58).

Assim, nos termos do voto do Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que se considera "típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD's E DVD's 'piratas'".

Tabela 8 – Informações do Tema 596

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 596	REsp 1311408/RN	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJMG	Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, suprimida ou adulterada (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n.10.826/2003). <i>Abolitio criminis</i> temporária. Prorrogações. Termo final.	Trânsito em Julgado/ 7/6/2013

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.311.408/RN**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 596/STJ, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade de regularização, por meio do registro, da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida ou raspada, podendo o seu possuidor ou proprietário ser beneficiado com a *abolitio criminis* temporária prevista no art. 30 da Lei nº 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei n. 11.706/2008, cuja redação sofreu as seguintes alterações:

1) Redação original (grifo nosso):

Art. 30. Os possuidores e proprietários de **armas de fogo** não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, **solicitar o seu registro** apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos. [...]

Art. 32. Os possuidores e proprietários de **armas de fogo** não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, **entregá-las** à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se de boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

- 2) Quando já ultrapassado o termo final dos lapsos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, a Lei n. 11.706, de 19/6/2008, deu nova redação aos referidos dispositivos:

Art. 30. Os possuidores de **arma de fogo de uso permitido** ainda não registrada **deverão solicitar seu registro** até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação de origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei. [...]

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

No caso concreto, a Corte local deu parcial provimento à apelação, pois entendeu que, no caso de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito raspada, não teria o alcance da excludente de tipicidade *abolitio criminis*, prevista na Lei nº 11.922/2009. Veja-se a seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. DESCLASSIFICAÇÃO DO PORTE ILEGAL PARA POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ARMA APREENDIDA EM RESIDÊNCIA. VIABILIDADE. *ABOLITIO CRIMINIS*. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.922/2009. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO RASPADA. ART. 16, IV, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA PROCEDIDA LEGALMENTE. REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO PELO DELITO ANTERIOR E ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

É certo que o relator fez uma **interpretação teleológica e restritiva** do art. 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, com a redação dada pela Lei n. 11.706/2008, baseada na legalidade estrita.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

O art. 30 da Lei n. 10.826/2003, na nova redação, continuou a prever uma *abolitio criminis* para que se procedesse à **regularização** da arma, por meio do seu **registro**. Contudo, diferentemente da redação original, mencionou expressamente que a benesse dizia respeito ao proprietário ou possuidor de **arma de fogo de uso permitido**.

A lei não contém palavras inúteis.

Pessoalmente, entendo que o legislador não deixou espaço para dúvidas no que diz respeito a **não** estarem os proprietários ou possuidores de **arma de fogo de uso restrito** abrangidos pela nova *abolitio criminis* prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003.

Alguma controvérsia poderia surgir, contudo, quanto aos proprietários ou possuidores de arma de uso permitido com numeração raspada ou adulterada, já que, aparentemente, estariam abrangidos pela excludente da tipicidade.

Todavia não se pode olvidar que o referido prazo foi concedido exclusivamente para que se providenciasse o **registro** da arma de fogo.

[...]

Como se verifica, o escopo do prazo concedido pela nova redação do art. 30 da Lei n. 10.826/2003 era permitir a regularização das armas, por meio do registro. No entanto, **arma com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização**, já que impossibilitada de ser registrada.

Destarte, o art. 15, II, *j*, do Decreto n. 5.123/2004 estabelece como um dos requisitos para o registro o "número de série gravado no cano da arma".

Conclui-se, portanto, que, **não sendo viável a regularização, por meio do registro, da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida ou raspada, o seu possuidor ou proprietário não pode ser beneficiado com a *abolitio criminis* temporária prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei n. 11.706/2008.**

[...]

Não se pode olvidar que o objetivo principal da Lei n. 10.826/2003 é reduzir a quantidade de armas em circulação no País, como se extrai do próprio nome "Estatuto do Desarmamento". Em razão disso, criou o legislador um meio jurídico para que, a qualquer tempo, o possuidor da arma de fogo de uso permitido, em situação irregular, procedesse à sua devolução, sem que enfrentasse problemas com a Justiça criminal.

Nesse contexto, a nova redação do art. 32 da Lei n. 10.826/2003 não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou instaurou uma *abolitio criminis* temporária – conforme operado pelo art. 30 da mesma lei –, mas instituiu uma causa permanente de exclusão da punibilidade, consistente na entrega **espontânea** da arma.

De maneira diversa da *abolitio criminis* temporária ou da *vacatio legis* indireta, em que os efeitos da norma incriminadora são temporariamente suspensos, com efeitos *erga omnes*, de modo que a conduta não é típica se praticada nesse período, a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 32 da Lei n. 10.826/2003 não tem o condão de excluir a tipicidade em caráter geral. Na verdade, a sua existência pressupõe a ocorrência anterior do crime, pois, se este não existisse, nem sequer haveria punibilidade a ser extinta.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a *abolitio criminis* temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30e 32 da Lei n. 10.826/2003”.

Tabela 9 – Informações do Tema 600

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 600	PET 11796/DF	MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA	TJRS	Proposta de revisão da tese firmada no REsp 1.329.088/RS, da relatoria do Ministro Sebastião Reis (art. 927, § 4º, do CPC e art. 256-S do RISTJ (Emenda Regimental nº 24, de 28 de setembro de 2016), acerca da	Revisado/ 16/12/2016

				Natureza hedionda ou não do tráfico privilegiado de drogas e cancelamento as Súmula 512/STJ.	
--	--	--	--	--	--

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **PET 11.796/DF**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 256-S, *caput*, § 1º do RISTJ, a Ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para acolher a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Importa dizer que, anteriormente, no julgamento do Tema 600/STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.329.088/RS, acórdão publicado no DJe de 26/4/2013, relatoria do Ministro Sebastião Júnior foi firmada a tese no sentido de que, “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime”.

Nessa esteira, foi editada pelo STJ a Súmula 512, publicada no DJe 16/06/2014, estabelecendo que: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Entretanto, o STF, no julgamento do HC 118.533/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo eletrônico DJe-199, Divulg 16-09-2016, Public 19-09-2016, prolatou entendimento no sentido de que “O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos”.

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação sistemática**, tendo por base os princípios os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, com fim de adequar-se ao entendimento da Suprema Corte, ainda que em sede *habeas corpus*, cujo *decisum* não goza de eficácia *erga omnes*.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII) equiparou o delito de tráfico ilícito de drogas aos crimes hediondos, prevendo a insuscetibilidade de graça ou anistia e a inafiançabilidade, além de outras medidas previstas na Lei nº 8.072/90.

No entanto, nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006), bem como - conforme recentemente assentado pelo Supremo Tribunal Federal - a de quem, de forma episódica, pratica o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º).

Cumpra consignar, nessa linha de raciocínio, que o artigo 44 da Lei de Drogas, ao estabelecer que os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei "são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", conferiu ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) tratamento especial ao que o legislador atribuiu ao *caput* e ao § 1º do artigo 33, a reforçar a tese de que não se trata de delito hediondo.

[...]

Saliente-se, outrossim, que o conceito de hediondez é de todo incompatível ao de privilégio, conforme há muito já vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, no que toca ao homicídio qualificado-privilegiado:

[...]

É sabido que os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, creio ser necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de nos alinharmos à jurisprudência do Excelso Pretório.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo”.

Cumpra destacar que o legislador infraconstitucional positivou a referida norma, até então extralegal, na Lei de Execução Penal, com a inclusão do § 5º ao seu art. 112, pela Lei nº 13.964, de 2019 (pacote anticrime), nestes termos:

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Tabela 10 – Informações do Tema 646

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 646	REsp 1362524/MG	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJMG	Direito Penal. Art. 307 do CP. Prisão em Flagrante. Falsa Identificação perante Autoridade Policial. Autodefesa. Inexistência. Tipicidade da Conduta de Falsa Identidade.	Trânsito em Julgado

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do REsp 1.362.524/MG, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 646/STJ, o Ministro relator

Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial do MP, para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP).

A *quaestio* de direito posta dizia respeito a saber se a conduta do acusado – a quem se atribui falsa identidade, no momento da prisão em flagrante – subsume-se ao tipo previsto no art. 307 do Código Penal, mesmo que tal atitude contenha natureza de autodefesa.

No caso concreto, a Corte local deu parcial provimento à apelação, pois entendeu que é possível o falseamento da verdade no caso de autodefesa, não incidindo o art. 307 do CP:

[...]

Relativamente ao delito do art. 307 do CP, com razão a douta Defensoria Pública. Quando preso em flagrante o réu, de fato, atribuiu-se falsamente o nome de Wanderson Pereira dos Santos, conforme ele próprio confessou às fls. 6/6v. e 67/67v. Todavia, esta farsa não perdurou até a instrução criminal, pois, ainda na fase inquisitorial, veio aos autos seu real nome, tanto que foi indiciado e denunciado com o nome correto.

O ordenamento jurídico-penal tolera o falseamento da verdade enquanto a tal postura se possa realmente atribuir característica de defesa, isto é, quando alguma relação guardar com a ação delitiva imputada ao agente, e é este, pois, o caso dos autos.

[...]

Dassarte, absolvo o réu quanto a esse crime.

[...]

É certo que o relator fez uma **interpretação sistemática, dogmática e restritiva** do art. 307 do CP, uma vez que se utilizou de orientação emanada do STF e do conceito de crime formal trazido pela dogmática penal, para subsumir a conduta à descrição do tipo 307 do CP.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal – ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF (DJe 14/10/2011) – reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) **não** alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

Sobre o tema, a doutrina pátria diverge, mas considera o seguinte: Agente que se identifica com nome diverso quando flagrado na prática de roubo, **não constitui extensão da garantia à ampla defesa atribuir-se falsa identidade como medida de autodefesa. Conduta típica, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome é utilizado no falso.**

[...]

O crime de falsa identidade é crime formal, ou seja, não exige, para a sua consumação, resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo de outrem.

[...]

Ainda que se admita, sob os auspícios da ampla defesa, a utilização pelo acusado do direito de calar-se ou até de alterar a verdade dos fatos puníveis que lhe são atribuídos,

a tanto inaceitável de se chegar ao extremo de falsear a própria identidade, visto ter lugar então ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social.
[...]

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “É típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP)”.

Tabela 11 – Informações do Tema 918

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 918	REsp 1.480.881/PI	ROGERIO SCHIETTI CRUZ	TJPI	Discute se a aquiescência da vítima menor de catorze anos possui relevância jurídico-penal a afastar a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009 - estupro de vulnerável.	Trânsito em Julgado/ 17/12/2015

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do REsp **1.480.881/PI**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 918/STJ, o Ministro relator Rogério Schietti Cruz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à discussão se a aquiescência da vítima menor de catorze anos possui relevância jurídico-penal a afastar a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009 - estupro de vulnerável.

No caso concreto, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí deu provimento à apelação, para absolver o réu da acusação de estupro de vulnerável, nestes termos:

Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos **valores culturais internalizados (a tradição)**, é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

[...] **Em juízo (no dia 13.09.2010)**, a vítima E. descreve com riqueza de detalhes como ocorreram os fatos, ao afirmar: que conhece o acusado desde pequena, **ele sempre ia à casa de seus pais**; que quando saiu o boato do seu namoro com o acusado, seu pai não queria; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que **fez um pacto com o acusado, que ninguém iria contar que namoravam escondidos**;

que acha que seus sentimentos são recíprocos com R.; que no início do namoro eram só **beijos e abraços com o acusado; que começou a namorar de 8 para 9 anos com o acusado, só depois quando tinha 11 anos foi que teve a primeira relação sexual com o acusado**; que manteve mais de uma relação sexual com o acusado; que já tinha menstruado quando manteve a primeira relação; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que nunca viu o acusado com outras namoradas; que quando o acusado esteve preso pediu para sua mãe para ir conversar com ele, mas sua mãe não deixou; que depois de solto, o acusado ligou para sua mãe, mas ela não deixou que ele falasse com a depoente; que fez 13 anos em abril; que quando começou a namorar com R. seus pais já estavam separados; **que começou a paquerar com o acusado quando tinha oito anos**; que seus pais estão separados há aproximadamente uns quatro anos; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela. (fls. 79)

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual.

O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

[...].

Como se vê, **é incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima**. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. **Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.**

É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetivo estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...].

Dessa forma, analisando o caso concreto, **entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade**; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79).

[...]

Dessa forma, **afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.**

Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Observa-se que a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em 2/4/2014, ao acompanhar por unanimidade o voto do relator, considerou atípica a

conduta do réu, relativizando a ideia de violência presumida do art. 217-A do CP, tendo por fundamentos, além do consentimento da vítima, aspectos sociológicos da comunidade local.

Nesse contexto, é certo que o relator no STJ fez uma **interpretação gramatical e teleológica**, utilizando de elementos dogmático, histórico, direito comparado, extrajurídico e sociológico, bem como interpretação sistemática, levando em conta o ordenamento jurídico como um todo.

Ademais, verifica-se a presença de premissa consubstanciada no entendimento da proteção integral da criança e do adolescente, na qual se assentou a conclusão pela tese firmada.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

[...]

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.

[...]

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminoso ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados. No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com **"grau de discernimento"**, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que **"nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade"**. Desse modo, **tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.**

[...]

O voto condutor do acórdão faz menção também a **"valores culturais internalizados (a tradição)"**, o que **parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas** pela referida historiadora:

[...]

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja “responsabilizado” pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria “justificada” a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

[...]

II.3. Impropriedade da relativização do consentimento do menor

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

[...]

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável".

Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

1 - Com menor de 14 anos;

2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;

3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.

[...] Além disso, **possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida**, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontroverso que as relações sexuais com a infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que "namorar com menor poderia dar problemas." **Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial.** Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado.

II.4. Inaplicabilidade do princípio da adequação social

[...]

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da "normalidade social", a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à ideia, consubstanciaria verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas. Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

[...]

II.5. Alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais

O exame da legislação de países centrais reforça a ideia de que é universal a preocupação de conferir plena proteção penal a crianças e adolescentes ainda não totalmente amadurecidos psíquica, física e emocionalmente.

[...]

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”.

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 931	REsp 2090454/SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ	TJSP	Proposta de Revisão de entendimento firmado em tese repetitiva pela Terceira Seção relativa ao Tema 931/STJ, quanto à alegada necessidade de demonstração da hipossuficiência do apenado para que, a despeito do inadimplemento da pena de multa, possa-se proceder ao reconhecimento da extinção de sua punibilidade.	Acórdão Publicado/ 1/3/2024

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 2.090.454/SP**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 931/STJ, o Ministro relator Rogerio Schietti Cruz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção do STJ.

Nas razões do REsp, o Ministério Público do Estado de São Paulo alegou violação aos arts. 51 do CP, 164 e seguintes da LEP, e 40 da Lei n. 6.830/1980 e seus parágrafos, sustentando que “a lei [...] não prevê a hipótese de extinção da punibilidade da pena de multa em razão de inadimplemento da obrigação pelo condenado por ser ele hipossuficiente”.

Nada obstante, é certo que o relator fez uma **interpretação ampliada** do art. 51 do CP, que, aliás, foi revista em quatro momentos, com força de precedente qualificado (Tema 931).

1º Momento (Dje 10/9/2015) - tese firmada:

Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.

2º Momento (Dje 2/12/2020) - tese revista em virtude da orientação do STF na ADI nº 3.150 e da nova redação dada ao art. 51 do CP, pela Lei nº 13.964/2019:

Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3º momento (Dje 21/9/2021):

Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade

Por fim, a Terceira Seção fincou a seguinte regra abstrata e generalizável (Tema 931), acórdão publicado em 1/3/2024:

O inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à necessidade de demonstração da hipossuficiência do apenado para que, a despeito do inadimplemento da pena de multa, possa-se proceder ao reconhecimento da extinção de sua punibilidade.

Da leitura do voto, percebe-se que a *ratio decidendi* deste *stare decisis* está basicamente **alicerçada em suporte de ordem sociológica dos apenados**, elemento não disposto em lei, mas que deverão ser observados pelo juízo da execução penal quando decidir pela extinção da punibilidade ou não, diante do inadimplemento da pena de multa.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Tal cenário do sistema carcerário - que se repete em todo o território nacional - expõe as vísceras das disparidades socioeconômicas arraigadas na sociedade brasileira, as quais ultrapassam o inegável caráter seletivo do sistema punitivo e se projetam não apenas como mecanismo de aprisionamento físico, mas também de confinamento social, a frequentemente reduzir o indivíduo desencarcerado ao status de um não cidadão e, assim, relegá-lo à condição de pária social.

O panorama, quando encarado em perspectiva com a análise de idade e raça dos grupos de indivíduos encarcerados, notabiliza a situação de desproteção a que eles estão submetidos, mormente os jovens negros. A já acentuada disparidade socioeconômica existente entre eles e a população branca correspondente é intensamente exacerbada em decorrência dos efeitos deletérios do encarceramento, a retardar sua reinserção social.

Não se endereça tal raciocínio, evidentemente, para presos que gozavam já de uma situação econômico-financeira razoável ou cômoda, como os poucos, ou pouquíssimos, condenados financeiramente bem aquinhoados que cumprem pena neste país. De fato, do total de 644.305 presos no país, somente 1.798 (menos de 0.5 % deles) cumprem pena pelos crimes de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa. (Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>; acesso em 3/2/2024). Ainda que somemos a estes também os condenados por outros crimes de colarinho branco (lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta etc), não se tem certamente mais do que 1% de todo o sistema penitenciário com pessoas condenadas por ilícitos penais com alguma chance de serem melhor situadas financeiramente.

Para estes, sim, deve voltar-se todo o esforço do Ministério Público para executar as penas de multas devidas, e não para quem, notoriamente, após anos de prisão, volta ao convívio social absolutamente carente de recursos financeiros e sequer com uma mínima perspectiva de amealhar recursos para pagar a dívida com o Estado.

Tabela 13 – Informações do Tema 933

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 933	REsp 1.378.053/PR	NEFI CORDEIRO	TJPR	Discute-se a incidência do princípio da consunção quando a falsificação de papéis públicos, crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, é meio ou fase necessária ao descaminho, crime de menor gravidade.	Trânsito em Julgado/ 15/9/2016

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.378.053/PR**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, Tema 933/STJ, o Ministro relator Nefi Cordeiro teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à discussão se a incidência do princípio da consunção quando a falsificação de papéis públicos, crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, é meio ou fase necessária ao descaminho, crime de menor gravidade.

No caso concreto, O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento à apelação do Ministério Público estadual, que requereu o prosseguimento da ação penal, no tocante ao crime previsto no art. 293, § 1º, III, a, do CP, nestes termos:

Trata-se de recurso criminal em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão que rejeitou denúncia em desfavor de ELIZABETH SILVA MENEZES RIOS, por considerar que o delito de uso de documento com selo falsificado a ela atribuído visava exclusivamente a prática de descaminho, devendo por este ser absorvido.

Segundo consta, a denunciada teria apresentado uma Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA) com selo autenticador falso perante os agentes da Polícia Rodoviária Federal em Santa Terezinha de Itaipu/PR, para internalizar alguns produtos estrangeiros.

Consoante informações prestadas pela Receita Federal do Brasil (Auto de Infração e Apreensão nº 12457.004685/2008-40 - 'INQ3' - evento 01 do autos 5001004-95.2011.404.7002), o montante de tributos federais (II e IPI) em tese suprimidos é de R\$ 262,37 (duzentos e sessenta e dois reais e trinta e sete centavos).

Diante da pequena soma de tributos supostamente iludidos, o Ministério Público Federal requereu o arquivamento do feito com relação ao delito previsto no artigo 334 do Código Penal ('PEDIDO D2' - evento 01 do processo 5001004-95.2011.404.7002), por aplicação do princípio da insignificância jurídica.

Na mesma ocasião, em razão do uso de selo inautêntico, a acusação ofereceu denúncia contra a ré pela prática do delito previsto no artigo 293, §1º, inciso III, do Estatuto Repressivo ('INIC1' - evento 01 do processo 5001004-95.2011.404.7002).

Todavia, o magistrado de origem rejeitou a exordial, por entender que o uso da Declaração de Bagagem Acompanhada com selo falsificado tinha por finalidade única a prática do descaminho, sobre o qual incidiu o princípio da insignificância (evento 05 do processo 5001004-95.2011.404.7002).

Insurge-se o recorrente contra a rejeição da peça acusatória, sustentando a inaplicabilidade do princípio da consunção ao caso (evento 01 do processo originário). Pois bem. Da análise dos documentos juntados aos autos eletrônicos, tenho que o magistrado singular agiu bem ao rejeitar a inicial.

Em primeiro lugar, resta evidente, já nesta fase de recebimento da denúncia, que a conduta supostamente praticada por ELIZABETH SILVA MENEZES RIOS visava facilitar a importação das mercadorias adquiridas no Paraguai.

Desse modo, para analisar a aplicabilidade do princípio da consunção ao presente caso, deve ser verificada a potencialidade lesiva do documento espúrio, porquanto o crime de falsidade somente pode ser absorvido se sua aptidão de causar dano exaurir-se no crime final (descaminho), para o qual supostamente estaria voltado o dolo do agente.

Nesse contexto, constato que a DBA apresentada para os fiscais aduaneiros no dia 10-4-2008 está preenchida em nome da denunciada, com a data correspondente ao dia anterior ('INQ3' - evento 01 do processo 50010049520114047002).

Considero, assim, que não há possibilidade de lesão autônoma à fé pública, uma vez que referida declaração teve por finalidade única a importação das mercadorias ali relacionadas e naquela data específica.

Destarte, a aptidão lesiva da Declaração de Bagagem Acompanhada com selo autenticador ilegítimo exaure-se totalmente no suposto crime de descaminho. Por conseguinte, sendo atípico o delito previsto no artigo 334 do Código Penal, não há justa causa para apuração do crime-meio.

[...]

Ressalto, ainda, que não merece prosperar a alegação recursal de que somente um crime com pena abstrata mais severa poderia absorver o de menor gravidade. (e-STJ FI.158)

[...]

Por todo o exposto, afastada a tipicidade do delito de descaminho, não remanesce a persecução penal pelo crime-meio, quando este é considerado antecedente lógico do crime contra a Administração Pública e não apresenta potencialidade lesiva autônoma. Desse modo, se o uso da Declaração de Bagagem Acompanhada falsa exauriu no descaminho, e se este foi arquivado por atipicidade, deve ser mantida a rejeição da denúncia quanto à suposta falsidade.

Nesses termos, voto no sentido de negar provimento ao recurso criminal em sentido estrito. [...].

Nesse contexto, é certo que o relator do especial repetitivo fez uma **interpretação dogmática**, consubstanciada no princípio da consunção, na hipótese de quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Realmente, a apresentação da Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA) com selo falso possuía o único objetivo de atestar a regularidade tributária das mercadorias apreendidas pela fiscalização aduaneira, assim exaurindo seu potencial lesivo no crime final de descaminho, sem autônomos riscos sociais, sem cabimento de autônoma persecução criminal.

Resolve-se o conflito aparente de normas indicado pelo critério da consunção, de modo que *um tipo descarta o outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, isto é, porque há um fechamento material* (ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 738).

Noutras palavras, verifica-se, no caso, que *o conteúdo de injusto principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (e não necessário) de realização do tipo consumidor* (SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral, 6ª ed., Curitiba: ICPC, 2014, p. 418), sendo irrelevante que a pena em abstrato cominada ao tipo consumido seja superior àquela imposta ao tipo consumidor.

[...]

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, a Súmula 17 do STJ, segundo a qual *Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*. Assim, delimito a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: *Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada*.

Importante ressaltar observação do Ministro Felix Fischer em seu voto-vista, salientando que, “embora exista a mencionada absorção do crime-meio, a pena do delito fim deverá ser elevada em razão de maior reprovabilidade na conduta de quem pratica um delito para garantia do êxito em outro, devendo ser avaliado em dosimetria de pena em cada caso concreto”.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada”.

Tabela 14 – Informações do Tema 983

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 983	REsp 1.643.051/MS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ	TJMS	Reparação de natureza cível por ocasião da prolação da sentença condenatória nos casos de violência cometida contra mulher praticados no âmbito doméstico e familiar (dano moral).	Trânsito em Julgado/ 19/4/2018

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.643.051/MS**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 983/STJ, o Ministro relator Rogério Schietti Cruz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, restabelecendo a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à (i) da necessidade ou não de indicação de um montante mínimo pelo postulante e (ii) da necessidade ou não da produção de prova, durante a instrução criminal, para a fixação, em sentença condenatória, da indenização por danos morais sofridos pela vítima de violência doméstica.

No caso concreto, observa-se, em face do acusado, denúncia de ter ameaçado **sua irmã**, “de causar-lhe mal injusto e grave, apontando na ocasião, uma arma de fogo calibre .38 em sua

direção, tentando adentrar à residência da vítima, desferindo vários chutes em seu portão”. Na exordial constou pedido do *Parquet* para fosse fixado valor mínimo para reparação de danos, conforme previsão estabelecida pelo artigo 387, IV, do CPP, também com redação da Lei 11.719/2008.

Sobreveio sentença, que “condenou o réu a 2 meses e 10 dias de detenção, em regime aberto, pela ameaça, a 2 anos e 6 meses de reclusão, também em regime aberto, mais multa, pelo porte ilegal de arma de fogo, e ao pagamento de indenização mínima à vítima, no valor de R\$ 3.000,00, para reparação dos danos morais por ela suportados”.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, negou provimento à apelação, mantendo os termos da sentença. Porém, em sede embargos infringentes, tal resultado foi parcialmente modificado, também por maioria, pontualmente para afastar a indenização mínima fixada, nestes termos:

O valor fixado a título de indenização por danos (morais e patrimoniais) fixados na sentença e mantidos no julgamento perante o colegiado, com espeque no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve, de acordo com o voto minoritário, ser decotado.

É incontestado o abalo sofrido por vítimas de infrações criminais, principalmente naquelas em que a pessoa é o bem jurídico tutelado, tornando tormentosa a fixação de indenização nesta hipótese.

Há de se notar ainda, no que tange aos danos morais, verifica-se que não são abarcados pelo disposto no inciso IV do artigo em comento, sendo aplicáveis aos prejuízos efetivamente sofridos, ou seja, aos danos materiais. Aliás, para sanar definitivamente a questão, "é preciso chamar atenção para uma parte específica da redação do art. 387, IV, do CPP: 'considerando os prejuízos sofridos'. A expressão 'prejuízo' sugere dano material, s.m.j., pois no dano moral há o sofrimento, a dor ou o abalo psicológico profundo. Aliás, o exercício dessa competência cível pelo Juízo criminal é realizado excepcionalmente. E como toda exceção, deve ser interpretada restritivamente, *cum grano salis*"¹.

Outrossim, esclarecedora ainda a lição de Eugênio Pacelli e Douglas Ficher, ao ensinar que "parece-nos que a Lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: (a) a afirmação de tratar-se de verba indezatória, isto é, de natureza civil; e (b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei nº 11.719/08" ², entendimento ao qual perfilho-me.

Por fim, malgrado o pedido genérico na peça acusatória, sequer houve instrução específica a fim de apurar e mensurar o dano gerado.

[...]

Nesse ínterim, deve prevalecer o voto minoritário para afastar a indenização fixada.

Nesse contexto, observa-se que, inicialmente, o Sr. Ministro relator deste apelo repetitivo, a título de *obiter dictum*, fez uma digressão acerca da evolução da jurisprudência rumo à maior proteção da mulher vítima de violência doméstica, diante das inovações incluídas no CPP com sua reforma de 2008, notadamente no que toca o inciso IV ao art. 387, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 387 - O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

[...]

Desse dispositivo processual, mas com natureza substantiva, relacionado à consequência da conduta reprovada, percebe-se que o legislador deixou algumas lacunas que este *stare decisis* visou preencher. A propósito, o dano a que se refere trata apenas do dano material ou também do moral? Considerando se tratar também de dano moral, há a necessidade de prova de que o sofreu a vítima de violência doméstica? É necessário se apontar na inicial o valor pretendido ou apenas o pedido expresso para que seja fixado? Nesse caso, o juiz é obrigado a fixar o valor de acordo com o que julgar ser o adequado ou apenas um valor mínimo?

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação teleológica**, por meio da qual se enfatiza os fins da norma penal em análise, sobretudo os constantes da Lei Maria da Penha. É possível inferir, ainda, no voto condutor do acórdão, forte influência da teoria crítica de gênero.

Além do mais, utilizou-se do discurso lógico, quanto à questão do entendimento de “não haver razoabilidade na exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade”.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

IV. Imposição, em sentença condenatória, da reparação mínima pelos danos suportados pela vítima

IV. 1. Pedido expresso – necessidade

Feita essa digressão, importante para demonstrar o caminhar das cortes superiores na direção de uma crescente e mais efetiva proteção à mulher vítima de violência doméstica, cumpre assinalar que **ambas as Turmas desta Corte Superior** já firmaram o seu entendimento de que **a imposição, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, requer a dedução de um pedido específico, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa.**

[...]

IV. 2. Dispensabilidade da indicação do valor

Todavia, resta ainda a esta Corte uniformizar o entendimento sobre ser necessário ao postulante da reparação de danos apontar o valor líquido e certo pretendido, ou se, ao contrário, pode o valor ser fixado pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

[...]

Nesse ponto, entendo, pois, que o pedido expresso por parte do Ministério Público ou da ofendida, na exordial acusatória, é, de fato, suficiente, ainda que desprovido de indicação do seu *quantum*, de sorte a permitir ao juízo sentenciante **fixar o valor mínimo a título de reparação pelos danos morais, sem prejuízo, evidentemente,**

de que a pessoa interessada promova, no juízo cível, pedido complementar, onde, então, será necessário produzir prova para a demonstração do valor dos danos sofridos.

IV.3. Dispensabilidade da produção de prova

Além disso, ainda carece de uniformização – e aqui reputo ser o **ponto nevrálgico da questão** posta sob exame – definir se é necessária ou dispensável a prova do dano moral sofrido pela vítima de violência doméstica.

[...]

Entendo, pois, não haver razoabilidade na exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, etc, se a própria conduta criminoso empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade.

[...]

E, em que pese ainda se encontrarem julgados divergentes sobre o tema, é importante mencionar que, uma semana antes da afetação deste recurso especial pela Terceira Seção, acordou esse órgão colegiado, em sessão realizada em 26/9/2017, que, "Em se tratando de violência doméstica e familiar a mulher, estamos diante do dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa prova para sua configuração" (REsp 1.651.518/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017)" (AgRg no REsp n. 1.675.877/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 6/10/2017).

De toda sorte, em situações como a **retratada nos autos, a exigência de dilação probatória fere a própria essência do subsistema de proteção à mulher**. Mais: a **interpretação díspare do art. 387, IV, do CPP está, ao menos nos casos que envolvem violência praticada contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, a inutilizar o escopo da Lei n. 11.340/2006**, expresso em seu art. 1º.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não indicada a quantia, e independentemente de instrução probatória específica”.

Tabela 15 – Informações do Tema 992

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 992	REsp 1705149/RJ	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJRJ	É possível o cumprimento da medida socioeducativa até os 21 anos de idade, aplicada a adolescente em razão de fato praticado durante a menoridade.	Trânsito em Julgado

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.705.149/RJ**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 992/STJ, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial para, ao cassar o acórdão *a quo*, determinar o imediato prosseguimento da execução da medida protetiva em desfavor do recorrido – medida

socioeducativa de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade – ou até que seja realizada a audiência de reavaliação da medida.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade do cumprimento da medida socioeducativa até os 21 anos de idade, aplicada a adolescente em razão de fato praticado durante a menoridade.

No caso concreto, a Corte local declarou extinta a medida protetiva de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade – Lei n. 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente – em razão da superveniência da maioridade civil (18 anos) do recorrido, nestes termos:

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, APLICANDO AO ADOLESCENTE A MSE DE LIBERDADE ASSISTIDA CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, QUE RESTOU DECLARADA EXTINTA ANTE A MAIORIDADE ALCANÇADA. INCONFORMISMO MINISTERIAL QUE REQUER, INICIALMENTE, O RECEBIMENTO DO RECURSO NO EFEITO SUSPENSIVO E, NO MÉRITO, A CONTINUIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA NA R. SENTENÇA.

[...]

2 - Pleito de continuidade da MSE de liberdade assistida que não procede.

À época da edição do Estatuto, havia um período intermediário, compreendido entre os dezoito e os vinte e um anos, no qual poder-se-ia ter uma pessoa considerada relativamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, porém, sob o prisma criminal, tida como capaz. E ainda mais, uma pessoa que não podia praticar sozinho os atos da vida civil, mas, não fosse a regra inseria no parágrafo único do art. 2º da Lei 8.069/90, estaria fora do campo de abrangência de sua proteção. Daí exsurge a lógica de o legislador de prever no referido dispositivo, que nos casos expressos em lei, aplicar-se-iam as normas insertas no Estatuto, também às pessoas entre dezoito e vinte e um anos. Desta forma, o modo de fazer com que a proteção estatuída no ECA fosse estendida até o atingimento da capacidade civil, foi admitir, ainda que em caráter excepcional, a aplicação do mesmo até os vinte e um anos (parágrafo único do art.22). Nesta linha de inteligência, ainda que não haja previsão legal expressa no sentido da extinção da medida socioeducativa pelo "implemento da maioridade civil", é indelével que a inserção desta excepcionalidade de aplicação do Estatuto para além dos dezoito anos, e da qual nos valem para impor a execução das medidas de semiliberdade e internação até os vinte e um anos (se o caso) deu-se ante iminente necessidade de, à época, se estender a proteção integral prevista no diploma em questão, para até o atingimento da maioridade civil, ainda que, pela faixa etária, o agente não pudesse mais ser considerado criança, e sequer adolescente. Tanto é assim que ele se encontra inserido no Título I - Das Disposições Preliminares. Ou seja, engloba, também (e principalmente), os direitos, os institutos e as medidas de proteção, e não apenas as normas relativas às medidas socioeducativas nele previstos. Enfim, açambarca todo o Diploma, e não só o Título III, que trata dos adolescentes em conflito com a Lei (Da Prática de Ato Infracional). Por outra banda, cômicos de que o objetivo precípua da medida socioeducativa é o caráter pedagógico que ela traz em seu bojo, não olvidamos que, até pelo fato de o ordenamento jurídico pátrio ter adotado o critério etário para aferição da imputabilidade e da capacidade, fato é que com implemento da maioridade, este caráter pedagógico insito à medida socioeducativa, se não perde objeto, ao menos deixa de ostentar o status de objetivo precípua, transmudando-se, para se tornar um efeito secundário. É inconteste que consta previsão legal expressa (art. 122, § 1º) para a imposição da MSE de internação para além dos dezoito anos, assim como também que, se conjugando tal dispositivo com aquele inserto no art. 120,

§2Q, ter-se-á também a previsão de imposição de MSE de semiliberdade para além dos dezoito anos. Contudo, no que concerne à liberdade assistida, nada consta, e nem poderia constar. O infrator, quando colocado em liberdade assistida, é entregue a seus pais, ou responsável, ficando sob a guarda/tutela deste, ao mesmo tempo em que lhe é nomeado um orientador, que o assistirá. Ora, se, hodiernamente, com dezoito anos, ele (infrator) já é legalmente capaz para a prática dos atos da vida civil, cessa ali o poder familiar (ou a guarda) sobre ele exercido por quem quer que seja. E mais, por ser maior acaso ele venha a praticar qualquer ato em desacordo com a lei, por ele assim responderá (civil e criminalmente). Ademais, há que se reconhecer que, com relação aos pais, o inciso III, do art.1.635, do Código Civil, dispõe que o poder familiar se extingue pela maioridade, oportunidade em que, sob o aspecto legal, cessa seu poder de guarda do filho (inciso II), assim como de exigir-lhe obediência (inciso IX). Destarte, por todo o acima pontuado, tem-se que interpretar, como pretende o *parquet*, que, por força do art.2º, parágrafo único do ECA, poder-se-ia aplicar a medida de liberdade assistida até os vinte e um anos, como ocorre com a internação e a semiliberdade (onde o infrator fica sob a tutela estatal), afronta sobremaneira o princípio da legalidade, não apenas sob o aspecto do menor (por não haver previsão no Estatuto para sua imposição) mas também sob o prisma dos próprios pais, na medida em que ninguém pode ser obrigado a fazer, ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CR), não sendo crível impor-lhe responsabilidade pela guarda de sua prole para além dos dezoito anos.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Cumprir dizer que à época da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), sob égide do Código Civil de 1916, um indivíduo entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos era considerado relativamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, porém, sob o aspecto criminal, seria capaz. Destarte, levando em conta que nesse intervalo de idade a pessoa não é criança nem mesmo adolescente, de acordo com a disposição do *caput* do art. 2º do ECA, estaria fora do campo de abrangência de proteção do ECA, se não fosse a regra inserta no parágrafo único desse artigo.

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação teleológica** do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.069/1990, ao entender que o legislador tinha o fim de ampliar a **proteção integral** prevista no ECA até se completar a maioridade civil (à época 21 anos).

Portanto, a Terceira Seção buscou efetivar o objetivo do legislador infraconstitucional, inclusive, confirmando a Súmula 605, que tem comando no mesmo sentido da tese firmada nesse repetitivo.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

Destarte, ainda que inexistente norma expressa no sentido da extinção da medida socioeducativa pelo implemento da maioridade civil, é inegável que a inserção desta excepcionalidade de aplicação do ECA para além dos 18 anos – e da qual nos valem para impor a execução das medidas de semiliberdade e internação até os 21 anos, se o caso – deu-se ante a iminente necessidade de, à época, se ampliar a proteção integral prevista na Lei n. 8.069/1990, para até o atingimento da maioridade civil, mesmo que, nessa faixa etária, o agente não pudesse mais ser considerado criança e nem sequer adolescente.

Sobre o tema, este Superior Tribunal considera que, nos termos da interpretação do art. 121, § 5º, da Lei n. 8.069/1990, para sujeitar o adolescente às medidas

socioeducativas, [...] deve ser considerada a inimputabilidade penal à data do fato. Diante disso, esta Corte assentou o entendimento segundo o qual a superveniência de maioria relativa (período entre 18 e 21 anos), não tem o condão de extinguir a medida socioeducativa, a qual ocorrerá apenas com a liberação compulsória do menor, aos 21 anos de idade [...] (HC n. 352.662/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/2/2017).

Nesses termos é que foi editada, pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, em 19/3/2018, a Súmula 605/STJ: *A superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.*

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

Tabela 16 – Informações do Tema 1006

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1006	REsp 1753512/PR	ROGERIO SCHIETTI CRUZ	TJPR	Definição da data-base para progressão de regime prisional quando da superveniência de nova condenação no curso da execução da pena (unificação de penas).	Trânsito em Julgado/ 8/4/2019

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.753.512/PR**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1006/STJ, o Ministro relator Rogério Schiatti Cruz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial do *Parquet* estadual, e reafirmar entendimento já consolidado no âmbito da Terceira Seção, conferindo maior racionalidade nos julgamentos e, em consequência, estabilidade, coerência e integridade à jurisprudência conforme idealizado pelos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição da data-base para progressão de regime prisional quando da superveniência de nova condenação no curso da execução da pena (unificação de penas).

No caso concreto, a Corte local deu provimento ao agravo em execução, para reformar o *decisum* do Magistrado singular, o qual, tendo procedido à unificação de penas, estabeleceu como data base para a progressão de regime a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória. Observa-se que a instância ordinária, alterou o termo inicial para a data da última prisão do apenado, decorrente da prática do crime doloso de roubo majorado (art. 157, § 2º, I e

II, do CP), por ter sido praticado no curso da execução penal, tratando-se, portanto, de falta grave.

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação** com base no discurso lógico e nos princípios da legalidade estrita e da individualização da pena, uma vez que a alteração da data-base, em razão da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória não possui respaldo legal, conforme vê-se na dicção dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

III. Superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória

Assim, percebe-se que, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a determinação de reinício do marco para concessão de novos benefícios, após a unificação das reprimendas impostas ao sentenciado, advém da possibilidade de que, determinada a regressão de regime, o apenado possa, em seguida, progredir, apenas diante do cumprimento da fração necessária em relação ao *quantum* da pena recém incluída na guia de execução.

[...]

Desse modo, da leitura conjugada do parágrafo único do art. 111 e do inciso II do art. 118, ambos da Lei de Execução Penal, não se infere que, efetuada a soma das reprimendas impostas ao sentenciado, é mister a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, especialmente, ante a ausência de disposição legal expressa.

Aliás, mesmo diante das razões suscitadas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se, por meio dos excertos acima colacionados, que a regressão não é consequência imediata da unificação das penas, de maneira que o somatório não implicaria necessariamente alteração da data-base.

A despeito disso, a Corte Suprema concluiu, conforme demonstrado acima, com base na análise do HC n. 101.023/RS, que a alteração do marco interruptivo para averiguação do requisito temporal é consequência da regressão do condenado a regime mais rigoroso, pois, "seria ilógico regredir o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de benefícios, pois chegar-se-ia à situação absurda de, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de regressão em razão de condenação superveniente, esta não surtiria efeito pelo fato de o preso já ter direito à progressão" (HC n. 101.023/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe 26/3/2010, destaquei).

É imperioso consignar que a alteração da data-base, em razão da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, procedimento que não possui respaldo legal e é embasado apenas na regressão de regime, **implica conjuntura incongruente, na qual o condenado que já havia progredido é forçado a cumprir lapso superior àquele em que permaneceu em regime mais gravoso para que novamente progrida.**

[...]

IV. Prática de crime posterior ao início da execução

Por conseguinte, deduz-se da exposição supra que a alteração do termo *a quo* referente à concessão de novos benefícios no bojo da execução da pena constitui afronta ao princípio da legalidade e ofensa à individualização da pena, motivos pelos quais se faz necessária a preservação do marco interruptivo anterior à unificação das penas, pois a alteração da data-base não é consectário imediato do somatório das reprimendas impostas ao sentenciado.

No entanto, ainda que assim não fosse, o reinício do marco temporal permanece sem guarida se analisados seus efeitos na avaliação do comportamento do reeducando, vejamos.

[...]

É importante destacar que **a prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena constitui falta disciplinar de natureza grave**, como bem apontado alhures no enunciado da Súmula n. 526 deste Tribunal Superior e, especialmente, conforme previsto no art. 52, *caput*, da Lei n. 7.210/1984, de acordo com o qual "[a] prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado". Inserida nesse escopo, a configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (LEP, art. 48, parágrafo único), entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 56); **a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso (LEP, art. 112)**; a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (LEP, art. 118), além da revogação em até 1/3 do tempo remido (LEP, art. 127).

[...]

V. Prática de crime anterior ao início da execução

Se a condenação definitiva por delito praticado após o início da execução da pena não se presta a ensejar a modificação da data-base para concessão de novos benefícios, com maior razão não pode o trânsito em julgado de sentença condenatória prolatada em face de delito anterior implicar o reinício do marco temporal, porquanto se trata de fato que nem sequer fora praticado no curso do resgate das reprimendas impostas ao reeducando.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios”.

Tabela 17 – Informações do Tema 1060

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1060	REsp 1859933/SC	ANTONIO SLADANHA PALHEIRO	TJSC	Caracterização do crime de desobediência quando a ordem de parada a veículo for emitida por policial no exercício de atividade ostensiva de segurança pública.	Acórdão Publicado - 1/4/2022 – RE pendente

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.859.933/SC**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1060/STJ, o Ministro relator Antonio Saldanha Palheiro teve seu voto acordado por maioria pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à caracterização do crime de desobediência quando a ordem de parada a veículo for emitida por policial no exercício de atividade ostensiva de segurança pública.

No caso concreto, a Corte local deu provimento à apelação do réu, para afastar a imputado ao crime de desobediência previsto do art. 330 do CP, sob o fundamento de que, embora nada justificasse a fuga no momento da abordagem policial, a desobediência à ordem

emanada de autoridade policial de parada do veículo anteriormente roubado, o qual tinha sido abastecido sem o pagamento, há de se observar a vedação constitucional da autoincriminação.

Confira-se o seguinte excerto do acórdão hostilizado:

Não se descure, o conjunto probatório comprova que o réu ao avistar a viatura dos policiais militares, desobedeceu a ordem de parada emanada pelos agentes estatais, no exercício de suas funções, e empreendeu fuga.

Nesse sentido, o policial militar Cleverson Luiz França, ouvido em ambas das fases procedimentais (fl. 11 e mídia de fl. 11), em Juízo, relatou:

[...] que, após ser informado de que um indivíduo, dirigindo um Etios da cor branca, evadiu-se de um posto de combustível sem pagar, fez contato com o policial Laurence, que trabalha em município próximo, onde possivelmente o acusado iria passar (declaração extraída da sentença, fls. 149-150).

O miliciano Laurence Diel Rios, por sua vez, sustentou que foi informado pelo policial Cleverson que um veículo suspeito, de nome Etios, estaria passando pela BR-282, momento em que se direcionou ao trevo para aguardar o carro. Alegou que quando viu o veículo iniciou a perseguição, acionando o giroflex e o sistema sonoro da viatura. Relatou que somente conseguiu abordar o acusado no momento em que o mesmo perdeu o controle do carro e tombou o veículo. Sustentou que não havia a possibilidade de o acusado não saber que estava sendo acompanhado (declaração extraída da sentença, fl. 150).

O réu, na fase policial, aduziu "que depois de passar pelo Município de Nova Erechim acabou sendo abordado por policiais militares" (fl. 15). E, em Juízo "sustentou que só parou o veículo após perder o controle da direção" (trecho extraído da sentença, fl. 150).

No que interessa, por mais que o apelante não tenha exposto motivo que justificasse sua fuga no momento da abordagem policial, sabe-se a Constituição da República assegura o direito ao silêncio e garante a não produção de provas contra si.

Dessa maneira, a conduta de desobedecer ordem emanada de autoridade pública não configura crime quando se dá em virtude da preservação da própria liberdade do agente, hipótese dos autos, pois tudo leva a crer que o acusado assim procedeu, porque estava conduzindo veículo anteriormente roubado, o qual havia sido abastecido, sem o efetivo pagamento, momentos antes da abordagem.

Desse modo, aplica-se ao caso o princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, a vedação da autoincriminação, por decorrência lógica da redação do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que fornece ao acusado o direito de permanecer calado.

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação** com base no entendimento acerca da tipicidade da conduta ora analisada, firmado em precedentes então persuasivos do STJ. Além do mais, o Ministro relator fez aplicação da *ratio decidendi* do Tema 646/STJ ao presente caso. A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

É que esta Corte Superior possui orientação firmada no sentido de que o descumprimento de **ordem legal de parada emanada em contexto de policiamento ostensivo para prevenção e repressão de crimes, atuando os agentes públicos diretamente na segurança pública**, deve configurar o crime de desobediência, conforme foi reconhecido, no caso, pelo Juízo de primeira instância.

[...]

Da leitura do excerto supratranscrito, constata-se que a solução jurídica adotada pelo Tribunal de origem destoava do entendimento firmado por este Tribunal Superior.

Imperioso destacar ainda sobre o tema que esta Corte Superior também já decidiu no sentido de que "*os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não*

são absolutos, razão pela qual não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica decidida pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do REsp n. 1.362.524/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que 'típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa'" (HC n. 369.082/SC, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

[...]

É digno de nota que o entendimento segundo o qual o indivíduo, quando no seu exercício de defesa, não teria a obrigação de se submeter à ordem legal oriunda de funcionário público pode acarretar o estímulo à impunidade e dificultar, ou até mesmo impedir, o exercício da atividade policial e, conseqüentemente, da segurança pública. Conclui-se, portanto, que a desobediência à ordem legal de parada emanada por agentes públicos, em contexto de policiamento ostensivo, para a prevenção e repressão de crimes, constitui conduta penalmente típica, prevista no art. 330 do Código Penal Brasileiro.

Imperioso faz-se trazer à colação proposta do Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), no sentido de se restringir a incidência do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP para “situações como as que menciona o eminente defensor público: de ordem legal documentada de um servidor público, emanada de um processo”, tendo sido vencido.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A desobediência à ordem legal de parada, emanada por agentes públicos em contexto de policiamento ostensivo, para a prevenção e repressão de crimes, constitui conduta penalmente típica, prevista no art. 330 do Código Penal Brasileiro”.

Tabela 18 – Informações do Tema 1077

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1077	REsp 1794854/DF	LAURITA VAZ	TJDF	Condenações criminais transitadas em julgado, não utilizadas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.	Trânsito em Julgado/ 18/8/2021

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.794.854/DF**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1077/STJ, o Ministro relator Laurita Vaz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial, para redimensionar a pena do recorrente.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade de condenações criminais transitadas em julgado, não utilizadas para caracterizar a reincidência, serem valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, bem como sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.

No caso concreto, a Corte local manteve o *decisum* do Magistrado singular no ponto da dosimetria da pena em que considera a circunstância judicial “personalidade do processado” desfavorável em razão da existência de antecedentes criminais, nestes termos:

"A culpabilidade não extrapola a reprovabilidade do próprio tipo, pois nada de excepcional foi praticado. O réu possui maus antecedentes, pois ostenta três condenações criminais com trânsito em julgado por fatos anteriores, de modo que utilizo o registro de fl. 29, para avaliar de forma negativa essa circunstância judicial. Não constam dos autos elementos que se prestem à valoração adequada da conduta social do réu. **A personalidade do agente é voltada para a prática de crimes, fato que se comprova pela sua folha de antecedentes penais, especialmente pela certidão de fl. 30, não utilizada como maus antecedentes e, portanto, não configurando bis in idem (STJ – HC 205902/SP).** O motivo não foi identificado, senão o intuito de lucro fácil e ilícito. As circunstâncias do crime, em virtude de ter sido cometido pelo emprego de arma, são consideradas como causa de aumento, motivo pelo qual não deve ser realizada qualquer avaliação negativa nesta fase. As consequências não foram mais graves do que as previstas no tipo e as vítimas não contribuíram para o evento danoso.

Nesse diapasão, considerando que os antecedentes e a personalidade são desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos 4 (quatro) meses de reclusão, por entender ser a pena necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime. [...]

Na primeira fase, o MM. Juiz sentenciante considerou como desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais referentes aos seus antecedentes e personalidade, fixando a pena-base 1 (um) ano e 4 (quatro) meses acima do mínimo legal, o que a meu ver não merece reparos. Com efeito, o magistrado sentenciante analisou-as de forma negativa, com base nas diversas condenações transitadas em julgado que registra o réu, sobretudo aquelas constantes às fls. 29 e 30, nas quais constam, respectivamente, a condenação do réu pelos delitos descrito no artigo 129, § 9º, do Código Penal e artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, por fatos praticados antes dos narrados nos presentes autos, ambas transitadas em julgado, em 31/08/2016 e 11/10/2016, lembrando que os fatos aqui analisados ocorreram em 23/04/2017. Destaca-se que **a jurisprudência é pacífica no sentido de ser possível a valoração negativa dos antecedentes, personalidade e conduta social do agente, além do reconhecimento da reincidência, quando este possuir várias condenações anteriores com trânsito em julgado**, sendo prescindível a elaboração de laudo técnico, bastando que sejam utilizadas distintas condenações. [...]"

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação com base na dogmática penal**, utilizando-se da doutrina especializada e da jurisprudência mais atual do STF e do STJ sobre o tema, para firmar os conceitos e diferenças entre antecedentes, conduta social e personalidade do agente, as quais são circunstâncias judiciais dentre as 8 (oito) possíveis para se estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na primeira fase da dosimetria da pena, conforme previsão do art. 59 do CP.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

No art. 59 do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 7.209/1984, o Legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena na primeira fase da dosimetria, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, **que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado**. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na presente causa, analisa-se a possibilidade de **condenações criminais transitadas em julgado** serem valoradas para desabonar os vetores **personalidade** e **conduta social**.

Quanto à **conduta social**, anoto que referida circunstância diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido, conjuntura detalhadamente esclarecida por Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (*in Código Penal Comentado*, 18.ª ed. rev., atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389).

[...]

É certo que, ao julgar em 22/11/2011 o HC 133.326/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ (DJe 02/12/2011), a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, superando o entendimento antes prevalente, decidiu que **a existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base no vetor conduta social**.

[...]

Em razão de toda essa conjuntura, deve-se refutar a possibilidade de **condenações criminais transitadas em julgado** valorarem negativamente a **conduta social**. Quanto ao vetor **personalidade do agente**, a mensuração negativa da referida moduladora "deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]" (*HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019*) (STJ, AgRg no REsp 1918046/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

[...]

Em conclusão, o vetor dos **antecedentes** é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente.

[...]

Considerados os fundamentos acima, constato que neste recurso especial, houve violação do art. 59 do Código Penal, em razão da impossibilidade de se valer o Magistrado sentenciante de condenação transitada em julgado para valorar negativamente a personalidade do agente.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente”.

Tabela 19 – Informações do Tema 1087

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
------	----------	----------	--------------------	--------------------------------	-----------------------

Tema 1087	REsp 1.888.756/SP	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA	TJSPRGL	(im)possibilidade de a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (<i>caput</i>) quanto na sua forma qualificada (§ 4º)	Acórdão Publicado – RE pendente
-----------	-------------------	------------------------	---------	---	---------------------------------

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.888.756/SP**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1087/STJ, o Ministro relator João Otávio de Noronha teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar parcial provimento ao recurso especial.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à (im)possibilidade de a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (*caput*) quanto na sua forma qualificada (§ 4º).

No caso concreto, a Corte local reformou a sentença, dando parcial provimento à apelação do réu para afastar a causa de aumento do art. 155, § 1º, do CP, pois aplicável apenas ao furto simples, e não ao furto qualificado, veja-se:

1. Apelação Criminal Furto qualificado (rompimento de obstáculo e escalada), praticado em estabelecimento comercial.
2. Materialidade delitiva e autoria não impugnadas.
3. Penas A atenuante da confissão espontânea não se aplica à espécie, porque o acusado admitiu o furto na fase inquisitiva da persecução penal, mas não o fez integralmente, e não confirmou a confissão policial em juízo, porque permaneceu revel.
4. Repouso noturno. Não incidência do § 1º do artigo 155 do Código Penal na hipótese de furto qualificado.
5. Recurso provido em parte, para afastar a incidência do § 1º do artigo 155 do Código Penal, com conseqüente redução da pena.

É certo que o relator, para solucionar a controvérsia, fez uso da **dogmática penal**, utilizando-se da vedação à analogia quando prejudicar o réu; e da **interpretação teleológica**, buscando esclarecer o fim da norma, passando pelos princípios da proporcionalidade e da taxatividade.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

[...]

Nessas hipóteses, para a resolução da controvérsia, é necessária a utilização de métodos hermenêuticos de maior primazia no caso específico, a saber, sistemático-topográfico e teleológico.

[...]

Nesse contexto, aderindo a uma interpretação sistemática sob o viés topográfico, em que se define a extensão interpretativa de um dispositivo legal levando-se em conta sua localização no conjunto normativo, a aplicação da referida causa de aumento limitar-se-ia ao furto simples, não incidindo, pois, no furto qualificado.

Outra forma interpretativa para dirimir a questão é o **método hermenêutico teleológico**.

Aqui, o que se propõe é a averiguação do objetivo da norma, de seus fins sociais, objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando se busca o atendimento a esses aspectos, especialmente o relativo à dignidade humana, devem ser atendidos os **princípios da proporcionalidade e da taxatividade**.

Ora, a agravação da pena derivada da incidência da majorante do furto noturno nas hipóteses do furto qualificado resultaria em um desproporcional quantitativo. Veja-se: o dispositivo relacionado ao furto cometido durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP) prevê acréscimo fixo de 1/3 da pena. Se possível a incidência dessa mesma majorante no furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), seriam gerados aumentos excessivos no quantitativo da pena: se considerada a pena mínima, o acréscimo seria de 8 meses (pena mínima de 2 anos do crime qualificado, aumentada em 1/3). De outra parte, se considerada a pena máxima, o aumento resultaria em 2 anos e 8 meses. Dessa forma, a pena do crime de furto qualificado, acrescida do *quantum* relativo à incidência da majorante, desconsiderando-se a incidência de quaisquer outras circunstâncias agravantes ou causas de aumento, poderia resultar em 10 anos e 8 meses, pena superior à do crime de roubo, tipo penal em que se protegem não só bens patrimoniais, tal qual no crime de furto, mas também a integridade corporal. Sendo assim, não se mostra razoável que determinada pena possa ser semelhante para crimes de gravidades diversas, como são o furto, ainda que em sua forma qualificada, e o roubo.

Sob o prisma do **princípio da taxatividade**, como garantia expressa do **postulado da legalidade**, deve-se entender que, ao ser positivada uma norma penal incriminadora – tal como uma causa de aumento de pena –, deve ela ser clara e precisa com vistas a não permitir discricionariedades, bem como ser de fácil compreensão para os destinatários.

Efetivamente, não há precisão e clareza desejáveis na proposição penal prevista no art. 155, § 1º, do CP quando se deve definir sua aplicabilidade tanto ao furto simples quanto ao furto qualificado.

Restrita essa norma a indicar situação temporal em que há aumento de pena, não se veem nela elementos que lhe confirmem extensão para que incida nas hipóteses do furto qualificado. Pensamento diverso, de modo a justificar a incidência extensiva dessa disposição legal, equivaleria a um agravamento dos tipos já existentes através de uma reinterpretação de garantias do Direito Penal, especialmente aquela relacionada à interpretação favorável ao réu nos casos em que há dúvida acerca do sentido da norma. Deve-se ressaltar que a interpretação no sentido de possibilitar a existência de bens jurídico-penais não expressamente definidos amplia os espaços de riscos jurídico-penais relevantes e a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, circunstâncias que não condizem com a excepcionalidade inerente às normas penais sancionatórias, assim como não se compatibilizam com a necessária segurança jurídica, fundamento do Direito Penal.

Também não se justifica a premissa de que, uma vez possível a aplicação da regra do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP) ao furto qualificado, seria possível a incidência da causa de aumento relativa ao cometimento do furto durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP) no furto qualificado.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)”.

Tabela 20 – Informações do Tema 1100

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1100	REsp 1920091/RJ	Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado Do TJDFR)	TJRJ	Definir se, nos termos do inciso IV do art.117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de primeiro grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.	Trânsito em Julgado/ 4/10/2022

Fonte:

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.920.091/RJ**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1060/STJ, o Ministro relator João Otávio Noronha teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e fixar o entendimento de que o acórdão confirmatório de sentença condenatória constitui marco interruptivo do lapso prescricional.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição se, nos termos do inciso IV do art.117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de primeiro grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.

No caso concreto, a Corte local integrou apelação do réu, pelos embargos aclaratórios, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva por se entender que somente a sentença condenatória, e não o acórdão que a confirma, é marco interruptivo da prescrição.

Confira-se o seguinte excerto do acórdão hostilizado no REsp representativo da controvérsia:

Outrossim, este Colegiado não se filia à corrente segundo a qual o acórdão confirmatório da condenação enseja a interrupção do prazo prescricional, de maneira que, pela mesma razão, não está autorizada a ampliação da norma do art. 115 do Código Penal, para que se compreenda que o termo "sentença", utilizado para marco para a redução do prazo prescricional pela metade, seja interpretado extensivamente, abarcando também o acórdão.

Nada obstante, encontra-se, ainda assim, caracterizada a prescrição da pretensão punitiva estatal.

De fato, de consulta à movimentação processual do feito originário (n° 0052106-76.2015.8.19.0205), obtida no sítio deste Tribunal, conclui-se que a sentença foi publicada em 13/03/2017 — data de seu recebimento pelo cartório.

Por sua vez, observa-se o transcurso, desde então, de lapso temporal superior a 03 (três) anos desde a publicação da sentença, sem a incidência de qualquer causa interruptiva prevista no art. 117 do Código Penal.

Por conseguinte, forçoso reconhecer a ocorrência da prescrição, como preconizam os artigos 109, inciso VI, e 110 § 1º, ambos do Código Penal.

Nesse contexto, é certo que o relator, após apresentar as divergências de entendimento acerca do tema entre doutrinadores e entre órgãos jurisdicionais a título de *dictum*, fez expressamente uma **interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica**, sobre a redação do art. 117, IV, do CP dada pela Lei nº 11.596/200. A propósito, segue a *ratio decidendi* do referido voto:

III - Análise da tese jurídica

[...]

Esclareça-se que a questão deduzida, consoante já demonstrado, suscita dúvida acerca do alcance da alteração legislativa, mais precisamente sobre a possibilidade de o acórdão confirmatório de sentença condenatória também interromper o curso do lapso prescricional, o que demandará criteriosa interpretação, tarefa que será feita a seguir, concisamente.

[...]

a) Método interpretativo gramatical

Dispõe o art. 117, IV, do CP que “o curso da prescrição interrompe-se: [...] pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; [...]”. Nessa redação, a expressão “acórdão condenatório”, embora enseje entendimentos diversos, refere-se, por si só, a julgado que confirma decisão condenatória. Ora, se fosse intenção do legislador que tal “acórdão condenatório” substituísse sentença absolutória, ele se teria utilizado de outros termos, por exemplo, “sentença condenatória ou acórdão condenatório após sentença absolutória”.

[...]

b) Método interpretativo histórico

Em segundo lugar, deve-se considerar a interpretação histórica, o elemento histórico. A justificativa da lei é claríssima quanto a seu propósito: mudar o marco inicial da nova contagem da prescrição por essa interrupção. Isso está dito textualmente na justificativa, estando expressa, pois, a vontade do legislador. Embora a intenção em si do legislador não seja totalmente vinculante, é esclarecedora. Confirma-se, a propósito, a justificativa apresentada no Projeto de Lei do Senado n. 401/2003, *in verbis*:

[...]

c) Método interpretativo sistemático

A Lei n. 11.596/2007, como demonstrado na correspondente exposição de motivos, ao incluir o acórdão condenatório como marco interruptivo da prescrição, teve por fim eliminar a prescrição intercorrente ou superveniente decorrente de recursos meramente protelatórios, cujo objetivo seria a operação do lapso prescricional.

[...]

Considerando que, pela análise da tese à luz dos métodos interpretativos gramatical e histórico, concluiu-se pela viabilidade de interrupção da prescrição pelo acórdão condenatório, ainda que confirmatório de sentença condenatória, cumpre examinar esse mesmo posicionamento sob a ótica do método interpretativo sistemático. Por esse método, pretende-se verificar a harmonia dessa orientação com as normas ínsitas ao Direito Penal e Processual Penal, de modo a propiciar racionalidade sistêmica, afastando fragmentariedades interpretativas [28].

[...]

d) Método interpretativo finalístico

O direcionamento até aqui proposto, levando-se em consideração os métodos interpretativos gramatical, histórico e sistemático, foram favoráveis à tese de que o acórdão condenatório, consoante previsto no art. 177, IV, do CP, deve ser tido como marco interruptivo da prescrição.

Diante dessas premissas, passo à análise dessa tese à luz do método interpretativo teleológico ou finalístico, com base no qual se interpretam as normas a partir de sua melhor aplicação na sociedade a que se destina.

Assim, examinando o contexto em que tramitam os processos judiciais, é notório que a sistemática processual brasileira prevê a possibilidade de interposição de vários recursos, o que cria terreno fértil para a utilização de vários deles não com a finalidade

intrínseca, que é a correção de eventuais equívocos, mas com vistas a prolongar, no tempo, a finalização de julgamentos, evitando-se, por via indireta, a não punibilidade do acusado.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.”.

Tabela 21 – Informações do Tema 1110

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1110	REsp 1.921.190/MG	JOEL ILAN PACIORNIK	TJMG	Definir se, em razão da <i>novatio legis in melius</i> engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base. Caso seja possível, definir se, na via do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve determinar que o Tribunal de origem proceda a referida transposição valorativa/negativa quando as circunstâncias do caso assim justificarem.	Trânsito em Julgado/ 6/10/2022

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.921.190/MG**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1110/STJ, o Ministro relator Joel Ilan Paciornik teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar parcial provimento ao recurso especial.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição se, em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base. Caso seja possível, definir se, na via do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve determinar que o Tribunal de origem proceda a referida transposição valorativa/negativa quando as circunstâncias do caso assim justificarem.

No caso concreto, a Corte local negou provimento à apelação do réu, condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 80 (oitenta) dias-multa. Contudo, diante da revogação da majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, pelo uso de arma, deferiu o pedido

do Ministério Público estadual, reconhecendo a *novatio legis in melius*, reduziu a pena para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 61 (sessenta e um) dias-multa.

Em sede de aclaratórios, não acolheu a alegada omissão em relação à alegação de que o uso de arma branca para a execução do roubo deve ser considerada circunstância judicial desfavorável. Veja-se:

"No acórdão em debate, foi reconhecida e fundamentada de forma correta a aplicação do instituto da *novatio legis in melius*, o qual possibilitou o decote da majorante da arma branca, não cabendo, desse modo, alegar que houve omissão na decisão. Ademais, já houve entendimento desta Turma no qual foi apontado que não existe previsão legal que torne obrigatória a reanálise do apenamento, quando aplicada a Lei nº 13.654/18 retroativamente."

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação** com base em dedução lógica, bem como no entendimento de que a lei permitiu a discricionariedade do aplicador na definição da pena-base, tendo, no entanto, que observar a obrigatoriedade de fundamentação.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

AS CONTROVÉRSIAS.

"1. Definir se, em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base.

2. Caso seja possível, definir se, na via do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deve determinar que o Tribunal de origem proceda a referida transposição valorativa/negativa quando as circunstâncias do caso assim justificarem."

No presente recurso, pretende o parquet estadual seja refeita a dosimetria da pena do recorrido, para promover maior grau de reprovabilidade a sua conduta, em razão do emprego de arma branca no delito de roubo de que aqui se cuida, por ter o Tribunal de origem aplicado retroativamente a Lei n. 13.654/2018 e excluído a majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico.

Como se sabe, a primeira modificação introduzida pela Lei n. 13.654/18, no crime de roubo, foi a revogação do inciso I, do § 2º, do art. 157, restringindo a majorante relativa ao emprego de arma às situações nas quais seja utilizada arma de fogo.

De acordo com o dispositivo revogado, a pena do roubo sofria aumento de um terço à metade se a violência ou a ameaça fosse exercida com emprego de "arma", prevalecendo na doutrina a orientação de que "arma", compreendia todo o objeto ou utensílio que servisse para matar, ferir ou ameaçar, independentemente da forma ou do destino principal.

A revogação do inciso I, do § 2º, se seguiu da inserção do § 2º-A, que, no inciso I, majora a pena se a violência ou a ameaça é exercida com emprego de arma de fogo, punindo-a, agora, de forma mais severa. Tem-se, portanto, que o legislador optou por excluir da abrangência da majorante os objetos que, embora possam ser utilizados para intimidar, não foram concebidos com esta finalidade.

Tem-se, portanto, que a restrição promovida pela Lei 13.654/18 foi benéfica, configurando *novatio legis in melius*, razão porque o aplicador da Lei deve promover a sua retroação para retirar a majorante nos roubos cometidos com outros objetos que não sejam armas de fogo, como feito no caso em análise.

Ocorre que, muito embora não majore mais a pena do roubo, o emprego de "arma branca", não constitui elemento irrelevante, configura sim um plus à atividade delitiva, sendo mais grave a ação do roubador que se utiliza de objeto capaz de até tirar a vida da vítima do que aquele que apenas a ameaça, devendo, portanto, o argumento ser considerado pelo juiz no momento da análise das circunstâncias judiciais para a aplicação da pena-base.

[...]

Este Superior Tribunal de Justiça também definiu que não cabe a esta Corte Superior compelir que o Tribunal de origem proceda à transposição valorativa dessa circunstância - uso de arma branca - para a primeira fase, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in melius*.

[...]

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que: “1. Em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem; 2. O julgador deve fundamentar o novo apenamento ou justificar a não realização do incremento na basilar, nos termos do que dispõe o art. 387, II e III, do CPP; e 3. Não cabe a esta Corte Superior a transposição valorativa da circunstância para a primeira fase da dosimetria ou mesmo compelir que o Tribunal de origem assim o faça, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in melius*”.

Tabela 22 – Informações do Tema 1121

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1121	REsp 1959697/SC	RIBEIRO DANTAS	TJSC	Possibilidade ou não de se desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).	Trânsito em Julgado/ 6/10/2022

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.959.697/SC**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1121/STJ, o Ministro relator Ribeiro Dantas teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina fez a exposição dos fatos e suas circunstâncias ao oferecer a exordial, nestes termos:

1º ato

No dia 27 de novembro de 2015, por volta das 18h30min, no interior da residência situada na Rua UI, Bairro Vorstadt, nesta cidade de Blumenau/SC, o denunciado R. DO N. **tentou** constranger a vítima K. R. R., de 5 (cinco) anos de idade à época do fato, uma vez que nascido em 15/02/2010 (fl. 15), a com ele praticar atos libidinosos

diversos da conjunção carnal.

Na ocasião, enquanto a criança foi deixada aos cuidados da Sra. Margarete dos Anjos Cardoso, companheira de R. DO N., na sala do referido apartamento e com fim libidinoso, **o Denunciado, em frente à vítima, com a calça abaixada e com o pênis ereto, mostrou seu órgão genital e pediu a K. R. R. que 'chupasse seu pinto'**.

Indicada a intenção da prática sexual com a criança, a consumação do crime somente não foi possível pois a companheira do denunciado Sra. Margarete dos Anjos Cardoso interrompeu o ato, desferindo um soco no pênis de R., retirando a criança de perto dele.

2º ato

Ato contínuo, o denunciado R. DO N. ameaçou, de posse de um facão, sua companheira Margarete dos Anjos Cardoso, alegando que 'iria matá-la caso contasse o ocorrido a outras pessoas'.

A Corte local reformou a sentença e deu definição jurídica diversa do art. 217-A do CP aos fatos, operando a desclassificação para o tipo de importunação sexual previsto no art. 215-A do CP, por entender que a conduta praticada não guarda proporcionalidade com a sanção aplicada.

Dessa forma, a *quaestio* de direito posta dizia respeito à possibilidade ou não de se desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

Antes de solucionar tal controvérsia, também coube à Terceira Seção do STJ definir ato libidinoso, com arrimo na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista o silêncio do legislador infraconstitucional. Confira-se:

Como advertia a doutrina, “com certeza teremos algumas controvérsias de ordem doutrinária a partir do conceito de estupro pela sua nova definição, agora abrangendo também o ato libidinoso, cujos limites e circunstâncias são imprecisos. Faltou ao legislador mais clareza na definição desses atos, pois a expressão “ato libidinoso” é muito vaga e dá margem a muitas interpretações.” (FRANÇA, Genival Veloso. Medicina legal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017, p. 248). De toda forma, a própria doutrina traz a sugestão de solução: “Entende-se por ato libidinoso toda prática que tem o fim de satisfazer completa ou incompletamente, com ou sem ejaculação, o apetite sexual, o qual pode traduzir-se desde a cópula carnal até as mais variadas situações, como coitos anal, vestibular e oral, **toques e apalpadelas nas mamas, nádegas, coxas e vagina, nos contatos voluptuosos e na contemplação lasciva**, praticados em alguém ou constringendo que a ele se pratiquem. Além de ele girar em torno da esfera sexual, deve ser indiscutivelmente obsceno e lesivo ao pudor mínimo. (*Ibidem*).

É certo que o relator fez uma **interpretação restritiva e sistemática** dos arts. 215-A e 217-A do CP, tendo buscado subsídios em outras áreas de conhecimento para reforçar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Ressalta-se, ainda, que, da leitura do voto condutor do acórdão, percebe-se que a *ratio decidendi* do *stare decisis* formado está basicamente alicerçada em: 1) um raciocínio dedutivo, partindo-se de dois axiomas de direito penal trazidos pela dogmática, quais sejam, princípios

da especialidade e da subsidiariedade; 2) interpretação sistemática, recorrendo-se aos direitos constitucionais da criança e a tratados internacionais ratificados pela Brasil; e 3) legalidade estrita.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Em palavras singelas, é possível dizer que, pelo princípio da especialidade, o intérprete se atenta ao elemento especializante do tipo penal. E, a partir desse elemento, soluciona o aparente conflito entre normas.

Segundo os ensinamentos de Hungria, “a diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie a gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como 'soldado de reserva' e aplicar-se pelo *residuum*.” (*Idem*, p. 107).

Estudando a nova figura típica, e cotejando com as outras então existentes, a doutrina observa que, na importunação sexual, a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento. Se houver constrangimento no sentido de "obrigar" alguém à prática de ato de libidinagem, estará configurado o crime de estupro, ante a presença do verbo nuclear do tipo do art. 213 do CP.

Nos casos de estupro de vulnerável, por outro lado, foi necessário advertir que não há propriamente um constrangimento à prática de atos sexuais. Não existe sequer presunção de constrangimento ou de violência. Na figura típica do art. 217-A do CP, pune-se simplesmente a prática de atos de libidinagem com alguém menor de quatorze anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer

resistência.

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/01/stj-nao-e-possivel-desclassificar-o-estupro-de-vulneravel-para-importunacao-sexual/>>. Por isso, ao contrário do que ocorre no cotejo entre os arts. 213 e 215-A, ambos do CP, o constrangimento não é elemento especializante do estupro de vulnerável. O fator especializante do art. 217-A do CP, na sistemática da Lei n. 12.015/2009, é simplesmente a idade da vítima: “vítima menor de 14 (catorze) anos”.

[...]

Quando a subsidiariedade é expressa, a própria lei faz a ressalva, deixando explícito o caráter subsidiário do tipo penal. Em 2018, ao elaborar o tipo penal do art. 215-A do CP, o legislador deixou expressamente consignada a sua opção pela subsidiariedade. A Lei Penal, portanto, destaca que só configura o crime de importunação sexual, se o ato não constituir crime mais grave.

[...]

Há, portanto, um mandamento constitucional expresso de punição severa, de modo que qualquer forma de promover o tema diversamente do que consta do texto maior **padecerá de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente ou insuficiente.**

Além de violar a Carta Magna, aplicar o art. 215-A do CP à conduta daquele que pratica ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos acarretaria **claro descumprimento por parte do Brasil a tratados internacionais.** O art. 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é peremptório ao impor aos Estados a adoção de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra **"todas"** as formas de abuso.

[...]

De fato, de acordo com a convicção pessoal desta Relatoria, o legislador pátrio poderia, ou mesmo deveria, promover uma graduação entre as espécies de condutas sexuais praticadas em face de pessoas vulneráveis, seja por meio de tipos intermediários, o que poderia ser feito através de crimes privilegiados, ou causas especiais de diminuição. De sorte que, assim, tornar-se-ia possível penalizar mais ou menos gravosamente a conduta, conforme a intensidade de contato e os danos (físicos

ou psicológicos) provocados. Mas, infelizmente, não foi essa a opção do legislador e, em matéria penal, a estrita legalidade se impõe ao que idealmente desejam os aplicadores da lei criminal.

Verifique-se que a opção legislativa é pela **absoluta intolerância com atos de conotação sexual com pessoas menores de 14 anos**, ainda que superficiais e não invasivos.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

Tabela 23 – Informações do Tema 1139

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1139	REsp 1977027/PR	LAURITA VAZ	TJPR	Possibilidade de inquéritos e ações penais em curso serem empregados na análise dos requisitos previstos para a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.	Trânsito em Julgado/ 29/9/2022

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 1.977.027/SC**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1139/STJ, o Ministro relator Laurita Vaz teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à de inquéritos e ações penais em curso serem empregados na análise dos requisitos previstos para a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

No caso concreto, a Corte local reformou a sentença para afastar a causa de diminuição da pena, sob o fundamento de que em face do réu existia outros inquéritos e ações penais em curso, veja-se:

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo, para fins de tráfico, **2g de maconha** (fls.160-162). O Juízo de origem condenou-o como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos (fls. 970-977).

Irresignado, o Ministério Público recorreu ao Tribunal estadual, que deu provimento à apelação acusatória para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, redimensionando a pena imposta para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 1209).

É certo que o relator fez uma **interpretação literal** do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, fazendo menção à legalidade estrita, uma vez que inquéritos e ações penais carecem de afirmação peremptória acerca de fatos. Isso somente ocorre com o trânsito em julgado do processo, quando poderá incidir o art. 63 do CP em relação à não primariedade ou, para as condenações após cinco anos do trânsito em julgado, os antecedentes criminais.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

De fato, a inserção da referida minorante na legislação especial integra a ampla reforma legislativa empreendida pela Lei n. 11.343/06 na política de repressão e prevenção ao uso ilícito de drogas no Brasil. Desse modo, está o julgador adstrito a esta política criminal e aos critérios estabelecidos legalmente em seu conteúdo, sendo-lhe vedado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei, bem como negar a aplicação dos institutos nela previstos caso presentes os requisitos legais, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade penal e à separação de poderes.

[...]

Isso porque, por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o **trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. Este raciocínio conduziu o Superior Tribunal de Justiça à edição da Súmula n. 444, segundo a qual, *in verbis*: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*" De fato, a mesma *ratio decidendi* que orientou a edição do entendimento sumular no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser empregados, na primeira fase da dosimetria, para agravar a pena-base, justifica a impossibilidade de que esses mesmos parâmetros sejam empregados em outras etapas da dosimetria, como na avaliação de causas de diminuição de pena.

[...]

Além disso, não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações *sub judice*.

Anote-se que essa orientação da Terceira Seção supera expressamente entendimento anterior prolatado julgamento do EREsp 1.431.091/SP (DJe 1/2/2017), assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i)

primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. (EResp: 1.431.091/SP, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 14/12/2016, S3 - Terceira Seção, DJe 01/02/2017).

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”.

Tabela 24 – Informações do Tema 1155

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1155	REsp 1.977.135/SC	JOEL ILAN PACIORNIK	TJSC	a) Definir se o período em que o apenado cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno deve ser computado para fins de detração da pena e b) Definir se há necessidade de fiscalização eletrônica para que o tempo de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno seja computado para fins de detração.	Acórdão Publicado – 22/11/2022 – RE pendente

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do REsp 1.977.135/SC, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1155/STJ, o Ministro relator Joel Ilan Paciornik teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar provimento ao recurso especial para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito às definições: a) se o período em que o apenado cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno deve ser computado para fins de detração da pena; e b) se há necessidade de fiscalização eletrônica para que o tempo de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno seja computado para fins de detração.

No caso concreto, no curso do cumprimento da pena imposta à recorrente de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, o juízo da execução acolheu o pedido para que se efetuasse a detração do período em que a agravada cumpriu as medidas cautelares diversas da prisão, notadamente recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

Por sua vez, a Corte local deu provimento ao agravo do Ministério Público estadual, sob a fundamentação de que a referida hipótese considerada pelo Magistrado singular não estava contemplada pelo art. 42 do CP. Veja-se:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A DETRAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO PERÍODO EM QUE A EXECUTADA CUMPRIU MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRISÃO PROVISÓRIA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ARTIGO 42 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO MODIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO" (fl. 61)

Observa-se que o Ministro relator reconhece não haver previsão para que haja a detração do tempo de cumprimento de medida diversa da prisão, inclusive aquela que diz respeito ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, porém, é certo que, mediante uma **interpretação** teleológica e sistemática, é possível aplicar a analogia *in bonam partem* bem como os princípios da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

A propósito, seguem alguns dos fundamentos do referido voto:

Desta feita, não obstante se observe na seara doutrinária algum conflito de interpretações, identifica-se majoritária tendência ao acolhimento da tese.

Feito esse registro, ressalta-se que a questão deve ser interpretada de forma teleológica e sistemática.

Nesse rumo intelectual, observa-se que a medida cautelar em testilha está assim parametrizada pelo art. 319, V, do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nessa conformidade, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga estabelece que o investigado deverá permanecer recolhido em seu domicílio durante a noite e nos dias de folga, desde que possua residência e trabalho fixos. Essa medida não se confunde com a prisão domiciliar, mas atinge diretamente a liberdade de locomoção do investigado, ainda que de forma parcial e/ou momentânea, impondo-lhe a obrigação de permanência no local em que reside.

Não há dúvidas de que a determinação de recolhimento domiciliar noturno compromete o *status libertatis* do acusado, constituindo uma inexorável privação à genuína liberdade.

Nesta Corte, o amadurecimento da controvérsia partiu da interpretação dada ao art. 42 do Código Penal. Concluiu-se que o dispositivo não era *numerus clausus e*, em uma

interpretação extensiva e *bonam partem*, dever-se-ia permitir que o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis*, fosse reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

A referida construção jurisprudencial restou embasada no comprometimento da liberdade do acusado, partindo da lógica de que o instituto da detração visa evitar o cumprimento repetido da pena.

Não é demais lembrar que a detração penal dá efetividade ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana e ao comando máximo do caráter ressocializador das penas, que é um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil.

Por tudo isso e, em adesão aos entendimentos majoritários da doutrina e da jurisprudência desta Corte, tem-se que a melhor interpretação a ser dada ao art. 42 do Código Penal é a de que o período em que um investigado/acusado cumprir medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (art. 319, V, do CPP) deve ser detraído da pena definitiva a ele imposta pelo estado.

DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

O monitoramento é medida de vigilância, que afeta os direitos fundamentais, destacadamente a intangibilidade corporal do acusado, como o direito à saúde física. É possível sua aplicação isolada ou cumulativamente com outra medida. Neste último caso, vigia-se o cumprimento da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II), da proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV), do recolhimento noturno (art. 319, V), ou mesmo da proibição de ausentar-se do país (art. 320) e da própria prisão domiciliar (art. 318).

A tese trazida à lume é a da necessidade do monitoramento eletrônico estar associado à medida de recolhimento noturno e nos dias de folga para fins da detração da pena de que aqui se cuida.

Não se conhece debates doutrinários consistentes e metodológicos sobre o assunto, mas dúvida não há quanto à exigência de monitoramento eletrônico representar um *plus* significativo em desfavor do acusado.

[...]

Especificamente relacionado às penas restritivas de direitos, o estudo concluiu que a concessão de tais medidas estaria vinculada apenas ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, **não podendo estar atrelada à submissão do indivíduo ao uso do ME, pois violaria os direitos do condenado.**

Por todo o esboço de raciocínio, levando em conta a precária utilização da medida cautelar e, a partir da consideração de que o recolhimento noturno já priva a liberdade de quem a ele se submete, não se vislumbra a necessidade de dupla restrição para que se possa chegar ao grau de certeza do cumprimento efetivo do tempo de custódia cautelar, notadamente tendo em conta que o monitoramento eletrônico é atribuição do Estado, não podendo o investigado não monitorado receber tratamento não isonômico em relação àqueles que cumpriram a mesma medida de recolhimento noturno e nos dias de folga, mas monitorados.

[...]

A partir dessas considerações, permito-me filiar à corrente jurisprudencial inaugurada pela Ministra Laurita Vaz, no RHC n. 140.214/SC, de que o direito à detração não pode estar atrelado à condição de monitoramento eletrônico, pois seria impor ao investigado excesso de execução, e mais ainda, tratamento não isonômico àqueles que cumprem a mesma medida de recolhimento noturno e nos dias de folga monitorados.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que: “1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*. 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas

cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada”.

Na oportunidade, vale destacar o seguinte trecho do voto-vista vencido do Ministro Rogério Schietti Cruz, no HC n. 455.097/PR, julgado na Terceira Seção, contrário à tese proposta no presente repetitivo:

1) falta de previsão legal: "uma vez que o art. 42 do CP, ao prever apenas o cômputo de prisão provisória e não o de recolhimento noturno para fins de detração penal, não deixa o intérprete a possibilidade de abater medida cautelar pessoal diversa da prisão provisória, salvo se houver restrição, por período integral, à liberdade de ir e vir" (...) "não seria hipótese de utilizarmos analogia *in bonam partem* - cujo pressuposto irrefutável é a igualdade de situações (*ubi idem ratio ibi idem dispositio*) - porquanto ausente a plena similitude entre a prisão cautelar e a medida alternativa de recolhimento domiciliar noturno;

Tabela 25 – Informações do Tema 1172

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1172	REsp 2.003.716/RS	JOEL ILAN PACIORNIK	TJSC	Definir se é possível a elevação da pena por circunstância agravante, na fração maior que 1/6, utilizando como fundamento unicamente a reincidência específica do réu.	Trânsito em julgado/ 13/12/2023

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 2.003.716/RS**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, Tema 1172/STJ, o Ministro relator Joel Ilan Paciornik teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para dar parcial provimento ao recurso, para alterar a fração incidente na segunda fase da dosimetria para 1/6, em razão de única reincidência específica, ficando a pena definitiva de reclusão em 2 anos e 11 meses.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição se é possível a elevação da pena por circunstância agravante, na fração maior que 1/6, utilizando como fundamento unicamente a reincidência específica do réu.

No caso concreto, observa-se que a Corte local manteve a condenação do recorrente pelo crime do art. 155, § 1º e § 4º, II, do CP, tendo agravado, na segunda fase da dosimetria, em função da reincidência específica, a pena em fração superior a 1/6 da pena fixada na primeira fase. Veja-se:

"Passo, então, a analisar o APENAMENTO.

Na primeira fase, a pena base foi fixada, na sentença, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sendo afastada seis meses do mínimo legal em razão de considerar negativos os antecedentes (O acusado possui antecedentes judiciais, conforme o certificado no evento 67, além da sentença condenatória que sustenta a reincidência, com condenações definitivas nos processos de nº 073/2.13.0006425-0, 073/2.14.0006756-0, 073/2.15.0004594-1, 073/2.18.0003396-5 e 073/2.14.0003873-0 em data anterior ao presente fato.).

À vista da fundamentação vertida na decisão atacada, tenho que a basilar merece manutenção. A certidão de registros criminais do réu revel, além da condenação utilizada para fins de reconhecimento da agravante, apresenta dez condenações definitivas – cinco já atingidas pelo quinquênio depurador, caracterizando, ainda assim, os maus antecedentes. Dessa forma, inegável que a sentença deu ênfase aos registros criminais do réu, pela quantidade e qualidade - todos decorrentes de crimes patrimoniais - devendo ser mantida a basilar.

Quanto à culpabilidade, referida pela defesa, em suas razões, não foi tsnada negativamente pela sentenciante, sendo entendida, na verdade, não como a reprovabilidade social da conduta, mas como aquela tida como substrato do delito (réu imputável, com pleno conhecimento da ilicitude do seu ato e absolutamente capaz de agir de forma diversa), e avaliada como bem definida, não provocando aumento na basilar.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a reprimenda foi redimensionada em 08 (oito) meses de reclusão, patamar que merece redução. Cumpre salientar que, efetivamente, a lei não prevê o quantum de acréscimo em razão desta agravante, que fica ao arbítrio do juiz, conforme cada caso, elevando da forma que entender proporcional e suficiente, mas, evidentemente, sempre considerando o número de condenações definitivas. Pelo que se verifica, apenas uma condenação foi utilizada nesta fase do apenamento (feito de nº073/2.13.0003449-0), sendo as demais usadas para recrudescer a basilar, não se olvidando, entretanto, tratar-se de reincidência específica. Destarte, merece redução o quantum de aumento aplicado na origem, porque mais proporcional ao caso, para seis meses de reclusão, fixando a provisória em 03 (três) anos de reclusão.

Por fim, reconhecida a majorante do repouso noturno, a pena foi acrescida de 1/3, fixando-a em definitivo em 04 (quatro) anos de reclusão.

O réu foi segregado provisoriamente por pouco menos que sete meses até a sentença provisória, pelo que, ainda que detraído o período da prisão provisória, merece ser mantido o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, na forma do art. 33, §2º, b, do CP, aplicando-se o regime imediatamente mais gravoso ao previsto em abstrato pela quantidade da pena, considerando-se ser o réu reincidente específico.

Por sua vez, a pena pecuniária foi fixada em 12 (doze) dias-multa, à razão mínima, e assim vai mantida, porque de acordo com os vetores do art. 59 do CP e as condições econômicas do acusado."

Nesse contexto, é certo que o Ministro relator **interpretação restritiva** do art. Art. 63 e 34, I, do CP, utilizando-se do **método histórico e do literal**. A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

Solução da controvérsia.

O instituto da reincidência específica objeto da controvérsia decorre de classificação que surgiu em razão dos crimes sopesados para fins de constatação da reincidência. O conceito vigente de reincidência como agravante vem desde a Lei n. 7.209/84 e está contido nos arts. 63 e 64 do CP:

[...]

Dos dispositivos legais transcritos, tem-se como um dos pressupostos da reincidência o cometimento de dois crimes, ressalvados os crimes militares próprios e os políticos.

Fora dessa ressalva, é prescindível qualquer outra verificação acerca das naturezas do crime anterior e do novo crime para fins de configuração da reincidência.

Todavia, nem sempre foi assim.

No Código Criminal do Império de 1830, a agravante da reincidência apenas se configurava se o crime anterior fosse de mesma natureza:

[...]

Ou seja, o CP/1940 inovou o ordenamento jurídico ao fazer incidir a agravante da reincidência mediante cometimento de novo crime que não fosse da mesma natureza do crime anterior. Assim, o conceito de reincidência foi dividido em duas espécies: reincidência genérica, para crimes de natureza diversa; e reincidência específica, para crimes de mesma natureza. Mais, ficou definido o que seriam crimes de mesma natureza de forma mais abrangente do que o CP/1890, bem como ficou estabelecido tratamento mais gravoso na aplicação da pena ao reincidente específico.

Durante esse período histórico, notável já era a discussão jurídica acerca do tratamento diferenciado entre a reincidência específica e a reincidência genérica.

[...]

Os questionamentos a respeito do tratamento mais gravoso conferido ao reincidente específico, seja porque antes do CP/1940 apenas se configurava a agravante da reincidência mediante cometimento de crimes de mesma natureza, seja porque com a vigência do CP/1940 foi admitida a configuração da reincidência pelo cometimento de crimes de natureza diversa, embora estatuída pena mais gravosa ao reincidente específico, perderam força com a edição da Lei n. 6.416/1977 que alterou o CP/1940. A Lei n. 6.416/1977 pôs fim à divisão da agravante da reincidência em específica e genérica ao retirar os §§ 1º e 2º do art. 46 do CP/1940, fazendo incluir o parágrafo único, bem como retirando do ordenamento o correspondente tratamento mais gravoso contido no art. 47. Vejamos:

[...]

Logo, no que toca à presente controvérsia, tem-se que desde 1977, em razão da redação que muito se assemelha com o conceito vigente da agravante da reincidência na forma da Lei n. 7.209/84, o Código Penal traz como reincidência a condenação por novo crime ante o cometimento de crime anterior, sem qualquer distinção de apenamento em razão da natureza de ambos os crimes praticados.

Como visto, pela evolução histórica da legislação, até o início de vigência do CP/1940, somente existia como agravante da reincidência o que hoje se conhece como reincidência específica. Em segundo momento, antes da Lei n. 6.416/1977, a agravante da reincidência passou a abranger o que atualmente se classifica como reincidência genérica, mas conferiu à reincidência específica um tratamento ainda mais gravoso.

Por último, pós vigência da Lei n. 6.416/1977, aboliu-se a diferenciação e, por consequência, o tratamento dado à reincidência específica para fins de agravamento da pena.

[...]

Nesse contexto, embora interpretação literal da lei vigente não vede o tratamento mais gravoso ao reincidente específico, a interpretação da norma deve ser realizada de forma restritiva, evitando, com isso, restabelecer parcialmente a vigência da lei expressamente revogada.

[...]"

Por relevante, para fins de inadmitir distinção entre o agravamento de pena pelo reincidente genérico e o reincidente específico, é oportuno pesar também que o tratamento diferenciado entre os reincidentes pode ser feito em razão da quantidade de crimes anteriores cometidos, ou seja, da multirreincidência.

[...]

Sendo assim, a controvérsia deve ser solucionada no sentido de não ser possível a elevação da pena pela presença da agravante da reincidência em fração mais prejudicial ao apendo do que a de 1/6 utilizando-se como fundamento unicamente a reincidência específica do réu.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em

fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso”.

Tabela 26 – Informações do Tema 1205

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1205	REsp 2.062.095/AL	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJAL	Definir se a restituição imediata e integral do bem furtado constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.	Trânsito em Julgado/ 12/12/2023

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 2.062.095/AL**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1205/STJ, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado à unanimidade pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial, afastando a incidência do princípio da insignificância.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição se a restituição imediata e integral do bem furtado constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.

No caso concreto, a Corte local manteve o *decisum* do Magistrado por entender que os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância não estariam atendidos, uma vez que não se tratava de conduta isolada do recorrente, mas de reiterada prática de delitos patrimoniais, existindo 3 (três) ações em curso em seu desfavor. Veja-se:

Consta dos autos que o recorrente, após regular instrução processual, foi condenado como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, pela subtração de 3 peças de picanha e 4 desodorantes de um supermercado (fls. 177/192).

Na sentença, o Juiz de primeiro grau não reconheceu a atipicidade material da conduta e afastou a aplicação do princípio da insignificância à conclusão de que a ofensividade da conduta não foi mínima, por se tratar de agente contumaz, que *responde a outras 03 (três) ações pelo mesmo delito (0700975-79.2019.8.02.0067 -12ª Vara Criminal da Capital; 0700735-90.2019.8.02.0067 -10ª Vara Criminal da Capital; 0732235-81.2019.8.02.0001-3ª Vara Criminal da Capital)*, restando, assim, caracterizada a *habitualidade delitiva do mesmo* (fl. 197).

Ao julgar a apelação defensiva, o Tribunal de origem também concluiu pela inviabilidade da aplicação do referido princípio, mediante a seguinte fundamentação (fls. 417/419 - grifo nosso):

[...] Registre-se que a aplicação do referido princípio reclama a presença da mínima ofensividade da conduta perpetrada pelo agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada, evidenciando, assim, que **não se limita à aferição da importância pecuniária do bem subtraído ou atingido, ou à restituição da res furtiva**, sob pena de delitos ou atos como o que ora se apresenta não serem devidamente punidos, o que resultaria no aumento da impunidade e na insegurança da sociedade.

Merece destaque trecho do parecer opinativo da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 404/406):

"No caso em apreço, temos que a conduta do apelante, apesar de formalmente típica, já que enquadrada no tipo penal de furto, não apresenta tipicidade material, eis que a lesão ao bem jurídico protegido mostrou-se de reduzido grau.

No entanto, tendo em vista a contumácia delitiva do acusado, em especial crimes patrimoniais, restou demonstrado desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Ressalte-se que o apelante responde a outras 03 (três) ações pelo mesmo delito (0700975-79.2019.8.02.0067 -12ª Vara Criminal da Capital; 0700735- 90.2019.8.02.0067 -10ª Vara Criminal da Capital; 0732235-81.2019.8.02.0001-3ª Vara Criminal da Capital)"

No caso, **cabe destacar o alto grau de reprovabilidade da conduta do apelante, não se podendo qualificar como mínima a sua ofensividade, uma vez que o recorrente demonstra a insistência em investir contra bens alheios, não se tratando de conduta isolada, mas de reiterada prática de delitos patrimoniais, o que impede o reconhecimento da insignificância penal.**

Atente-se:

[...]

Do mesmo modo, como visto acima, **“o fato do bem subtraído ter sido restituído à vítima não afasta, por si só, a tipicidade da conduta, tampouco permite a aplicação do princípio da insignificância.”** [...]

Nesse contexto, é certo que o relator fez uma **interpretação com base na dogmática penal** acerca do princípio da insignificância, que é classificado como uma excludente de tipicidade extralegal, pois, embora estando configurada a tipicidade formal, a análise da tipicidade material, isto é, da relevância da conduta - se esta merece o uso do aparelho estatal punitivo -, pode excluí o fato típico e, por consequência, o crime.

Importa destacar que há, no voto, o reconhecimento de que não **existe previsão legal para a aplicação do princípio da insignificância**, sendo os critérios de sua incidência construídos por meio da jurisprudência do STF, segundo a qual, inclusive, afasta-se a aplicação do princípio em tela diante da reiteração criminosa do recorrente, somada à contumácia, que, na hipótese vertente, está consubstanciada na existência de 3 (três) ações em curso.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

Sob tal perspectiva, muito embora não exista previsão legal disciplinando a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal, há mais de uma década, consolidou o entendimento no sentido de exigir o preenchimento simultâneo de quatro condições para que se afaste a tipicidade material da conduta. São elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

À luz das referidas premissas, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, passou-se a compreender que a insignificância envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, para afastar liminarmente a tipicidade material nos delitos de furto, não basta a imediata e integral restituição do bem; deve-se perquirir, diante das circunstâncias

concretas, além da extensão da lesão produzida, a gravidade da ação, o reduzido valor do bem tutelado e a favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso, além de suas consequências jurídicas e sociais.

[...]

As peculiaridades do caso concreto – o réu apresenta condições subjetivas desfavoráveis, havendo, em seu desfavor, outras 3 ações pelo mesmo delito –, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento, não se podendo qualificá-lo como de reduzida ofensividade e periculosidade, considerando que ficou demonstrada pela instância antecedente a contumácia do réu em crimes patrimoniais, o que é suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância”.

Tabela 27 – Informações do Tema 1218

Tema	Processo	Ministro	Tribunal de origem	Questão submetida a Julgamento	Situação do Tema/data
Tema 1218	REsp 2.083.701/SP	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	TJSP	Definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.	Acórdão Publicado

Fonte: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

Tem-se que, no julgamento do **REsp 2.083.701/SP**, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC/2015, Tema 1218/STJ, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior teve seu voto acordado por maioria pela Terceira Seção, para negar provimento ao recurso especial, afastando a incidência do princípio da insignificância ao caso.

A *quaestio* de direito posta dizia respeito à definição se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido.

Em sua manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo “desprovimento do recurso e pela fixação da seguinte tese: a reiteração delitiva não obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, quando o valor do débito devido à fazenda pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos”.

No caso concreto, a Corte local manteve o *decisum* do Magistrado singular por entender que a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido. Veja-se a ementa do julgado:

PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. PRESCINDIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA MANTIDA. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. Revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores e nesta Corte no sentido de que a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de , independentemente do descaminho valor do tributo não recolhido (STF: HC n. 118686, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.13, HC n. 114675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.12, HC n. 112597, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 18.09.12; STJ: AGARESP n. 329693, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13.08.13, AGRESP n. 201200367950, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.04.12; TRF 3ª Região, ACR n. 00114957320054036102, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 27.08.13).

2. Ao contrário do que sucede com o delito de sonegação fiscal, cuja natureza material exige a constituição do crédito tributário para instauração da ação penal (STF, Súmula Vinculante n. 24), o delito de contrabando ou descaminho é de natureza formal, não sendo exigível o prévio esgotamento da instância administrativa (TRF da 3ª Região, HC n. 201003000138852, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvia Rocha, unânime, j. 06.07.10; ACR n. 200261810065925, Rel. Juiz Fed. Conv. Silvio Gemaque, unânime, j. 29.06.10; ACR n. 200261810067120, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 29.09.09; HC n. 200803000042027, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, unânime, j. 24.09.09; HC n. 200903000243827, Rel. Juiz. Fed. Conv. Marcio Mesquita, unânime, j. 25.08.09).

3. Autoria e materialidade comprovadas.

4. Dosimetria mantida.

5. Apelação da defesa desprovida.

Quando do julgamento do recurso especial repetitivo, é certo que o relator fez uma **interpretação sistemática restritiva**, na medida em que, tendo um olhar no direito como um todo, buscou apoio no que decidido no REsp n. 1.709.029/MG, no qual a Terceira Seção desta Corte, revendo a tese fixada no julgamento do REsp n. 1.112.748/TO (Tema 157), firmou o entendimento de que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Além do mais, para solucionar a questão posta, respondeu as seguintes indagações: **1)** procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva? **2)** há um lapso temporal máximo para valoração desses procedimentos? e **3)** o valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Ressaltou, ainda, que não há previsão legal de um lapso temporal máximo para valoração desses procedimentos, para fins de avaliação da contumácia delitiva, devendo as instâncias ordinárias observar, no caso, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A propósito, segue alguns dos fundamentos do referido voto:

[...]

Com efeito, quanto ao cerne da discussão, não vislumbro nenhuma justificativa razoável para alterar a orientação desta Corte, qual seja, de que, **em regra**, a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao crime descaminho. Ora, a reiteração da conduta é uma circunstância apta a indicar uma conduta mais reprovável e de periculosidade social relevante, inclusive porque transmite a ideia de impunidade, reduzindo o caráter de prevenção geral da norma penal, de modo que, caso verificada, tem-se por afastado, ao menos, dois dos pressupostos para reconhecimento da atipicidade material da conduta nos moldes estabelecidos pela jurisprudência, a saber: ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Ressalto, no entanto, que é recomendável a manutenção da ressalva proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca quando do julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS.

Com efeito, é impossível contemplar a multiplicidade de situações fáticas que podem acarretar na prática de crime descaminho, sendo certo que, a depender das circunstâncias que tangenciem a reiteração da conduta, o julgador pode compreender que o reconhecimento da atipicidade material é a medida socialmente recomendável. *Mutatis mutandis*, essa é a mesma compreensão que tem orientado esta Corte na análise do princípio da insignificância nos crimes de furto em que verificada a contumácia do agente:

[...]

Logo, entendo por acolher integralmente a tese proposta pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva *inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.*

Passo, então, ao exame dos **tópicos subsidiários**, cujo equacionamento é necessário para formação da tese.

1) Procedimentos pendentes de definitividade, inclusive processos administrativos, podem ser sopesados para fins de formar convicção no sentido da recidiva da conduta delitiva?

Essa questão está sedimentada na jurisprudência desta Corte, que tem admitido não só a avaliação de procedimentos penais pendentes de definitividade, como também de procedimentos fiscais para fins de aferição da contumácia delitiva:

[...]

Logo, acolho a posição atual no sentido de que a contumácia pode ser verificada a partir de procedimentos fiscais e penais, ainda que não definitivos.

2) Há um marco temporal para valoração desses procedimentos?

N/a minha concepção, esse tema tangencia inexoravelmente a questão objeto do Tema n. 150 (RE n. 593.818/SC - STF), julgado sob o rito da repercussão geral, no qual o Plenário da Suprema Corte pacificou o entendimento de que *os maus antecedentes não se submetem ao período depurador de cinco anos, aplicável apenas à reincidência.*

Com efeito, a partir da compreensão de que o período depurador do art. 64, I, do CP, somente se aplica a reincidência em si, entendo que **não há base legal para aplicação desse lapso temporal prazo ou mesmo outro marco objetivo** para fins de análise da contumácia delitiva.

Nesse caso, entendo que deve incidir os princípios da **razoabilidade e proporcionalidade**, de modo que o juízo deve avaliar se a conduta anterior é contemporânea o suficiente para denotar que o agente ativo é contumaz na prática delitiva.

Assim, entendo que não deve ser fixado nenhum marco objetivo para fins de aferição da contumácia delitiva, devendo ser observado pelo Magistrado o critério da razoabilidade e proporcionalidade na análise do lapso temporal.

3) O valor do tributo não recolhido apurado em tais casos (reiteração), ostenta relevância para fins de conclusão no sentido da atipicidade material da conduta?

Nesse tópico, entendo que a resposta é negativa.

Ora, em se tratando de agente contumaz na prática delitiva, é desinfluyente perquirir o valor do tributo não recolhido para fins de aplicação do princípio insignificância, pois

a contumácia, em regra, indica *per se* uma conduta mais gravosa e de periculosidade social relevante, de modo que a reiteração, em regra, acaba por afastar os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

[...]

Aplicando essa tese ao caso sob exame, entendo que deve ser mantido o acórdão atacado, na medida em que o recorrente ostenta vários procedimentos fiscais contra si decorrentes da prática de condutas similares, circunstância apta a obstar o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Assim, nos termos do voto Ministro relator, a Terceira Seção fixou a tese no sentido de que “A reiteração da conduta delitativa obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”.

Por fim, vale mencionar o seguinte excerto do voto vencido, em que se destaca a dogmática penal aplicada:

Como é de conhecimento, o princípio da insignificância é um vetor interpretativo que tem por finalidade restringir a intervenção do Direito Penal na qualificação de condutas que revelam lesão ínfima ao bem jurídico tutelado.

Não há dúvida de que o princípio da insignificância é *causa de exclusão da tipicidade*, de modo que sua incidência provoca a *atipicidade do fato*.

A tipicidade penal se constitui pela união da tipicidade *formal* e tipicidade *material*. Na incidência do princípio da insignificância, verifica-se, apenas, a tipicidade *formal*, isto é, juízo de subsunção do fato à norma penal. Falta, portanto, a *tipicidade material*: lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A insignificância afasta, assim, a caracterização material da tipicidade penal.

E, por constituir excluyente da tipicidade, incidente a insignificância, o fato é atípico, e modo que não se mostra necessário o prosseguir na análise dos demais elementos que constituem o crime.

E, neste contexto, parece ser irrelevante, do ponto de vista teórico, a avaliação da primariedade ou reincidência por se tratar de matéria afeta à teoria da pena, mais especificamente à individualização da sanção eventualmente aplicada, e não à teoria do crime.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu os requisitos devem ser observados para a aplicação do princípio, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 98152, de relatoria do Ministro Celso de Melo, e não se observa nenhum elemento que se relacione com a folha de antecedentes daquele que pratica a conduta: (a) *mínima ofensividade da conduta do agente* (b) *nenhuma periculosidade social da ação* (c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e (d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

Não deixo de lado que o princípio da insignificância é um instrumento de política criminal e que, portanto, é preciso que se tenha a indispensável flexibilidade na sua aplicação. É o que se extrai dos requisitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não parece adequado a inserção de requisito estranho à natureza jurídica do instrumento, isto é, a flexibilidade na aplicação não pode desnaturar o instituto, sob pena de gerar insegurança jurídica e instituir desnecessário protagonismo judicial.

Ressalvo, por fim, a figura específica do *criminoso habitual*, isto é, aquele que faz da prática de delitos o seu meio de vida. Obviamente, a ele não se permite a aplicação do princípio da insignificância, mas a figura não se confunde com a mera reincidência. A *habitualidade* exige a conclusão de que, muito embora cada fato praticado seja atípico, o conjunto das condutas revele um fato típico.

Em resumo, sem ignorar a jurisprudência desta Corte e os motivos que levam à conclusão, entendo não se mostra a medida mais ajustada à dogmática impedir a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva. Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mas, pedindo vênias ao Ministro relator, não acompanho a tese proposta.

4.3 Tendências decisórias e diagnósticos de avaliação

4.3.1 Solução da controvérsia não decorrente diretamente da lei

Tabela 28 – Teses extralegais

As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal solucionam apenas controvérsias que decorrem diretamente de interpretação da lei penal? Se não, o crime e/ou a consequência penal foi mantido (a) ou excluído (a) no caso concreto? Qual o fundamento?	Não	Tema 157	Manteve a absolvição do réu.	Adequação ao entendimento do STF. Princípio da insignificância.
		Tema 1205	Mantido	A contumácia do réu em crimes patrimoniais afasta a incidência do princípio da insignificância.
		Tema 1218	Mantida	Entendimento assentado no EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

Fonte: criação própria

Observa-se que as controvérsias trazidas pelos referidos temas julgados surgiram incidentalmente quando da aplicação da lei penal, mas não diretamente delas. Por exemplo, tem-se a discussão do **Tema 157/STJ**: quando da subsunção da conduta ao tipo do art. 334 do CP, crime de descaminho, o STJ adequou seu entendimento à orientação da Suprema Corte, a qual considerou que haveria de ser aplicado o princípio da insignificância, quando o valor dos tributos iludidos não excedesse R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos das Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, que, na prática, acabaram por alterar a previsão contida no art. 20 da Lei n. 10.522/2; quanto ao **Tema 1205/STJ**, a solução se deu a partir dos critérios para insignificância estabelecidos pela jurisprudência do STF, de modo que se firmou a tese de que “a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância”; anote-se, ainda, o debate do **Tema 1218/STJ**, o qual trata de mais uma discussão sobre o atendimento ou não das premissas do princípio da insignificância.

Portanto, observa-se que, para a solução das questões postas nos referidos temas, recorreu-se a conceitos extralegais. Assim, quanto a esse ponto, a pesquisa sugere que o STJ **não** tende (11% - 3 dos 26 temas analisados) a formar precedentes qualificados ou firmar teses repetitivas a partir de definições e conceitos extralegais.

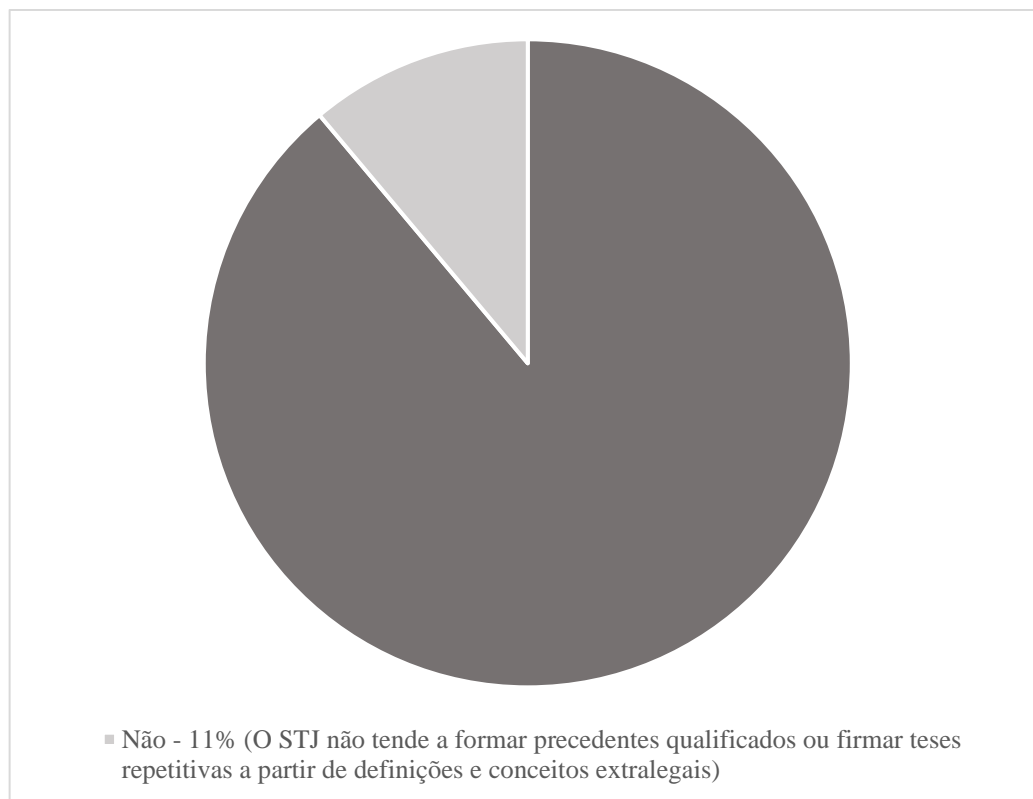


Gráfico 3: Julgados x fundamento extralegal

4.3.2 Aplicação da legalidade estrita

Tabela 29 – Princípio da Legalidade

		Tema 190	Lei escrita e formal.	Princípio da legalidade formal.	Reformou acórdão, majorando a consequência penal.
		Tema 191	Retroatividade da lei benéfica.	Princípio da legalidade formal. Não combinação de leis, mesmo que beneficie o réu.	Reformou acórdão, minorando a consequência penal.
		Tema 447	Taxatividade e retroatividade da lei benéfica.	Princípio da legalidade estrita.	Manteve a exclusão do crime
		Tema 593	Lei escrita e formal	Princípio da adequação social não revoga lei.	Reformou o acórdão, entendeu existir o crime.

<p>As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal são fundamentadas pelo ou fazem deferência ao princípio da legalidade? Se sim, por meio de qual desdobramento? Se não, qual o fundamento? O crime e/ou a consequência penal foi mantido (a) e/ou excluído (a) no caso concreto?</p>	<p>Sim</p>	Tema 596	Taxatividade	Legalidade estrita	Manteve o acórdão, entendeu existir o crime.
		Tema 918	Taxatividade	Princípio da proteção integral da criança e do adolescente.	Reformou o acórdão, entendeu existir o crime.
		Tema 992	Taxatividade	Legalidade estrita	Reformou acórdão, majorando a consequência penal.
		Tema 1006	Taxatividade	Legalidade estrita e princípio da individualização da pena.	Manteve o acórdão, minorando a consequência penal.
		Tema 1060	Taxatividade	Conduta típica	Reformou o acórdão, entendeu existir o crime.
		Tema 1077	Taxatividade	Diferenciação entre antecedentes, conduta social e personalidade do agente.	Reformou o acórdão, minorando a consequência penal.
		Tema 1087	Taxatividade e analogia	Legalidade estrita. Analogia <i>in malam partem</i> vedada.	Manteve o acórdão, minorando a consequência penal.
		Tema 1100	Taxatividade	Legalidade estrita	Reformou o acórdão, mantendo a consequência penal.
		Tema 1110	Retroatividade da lei penal benéfica	Circunstância do crime desfavorável pela maior reprovabilidade da conduta.	Reformou o acórdão, determinou nova dosimetria da pena.
		Tema 1121	Taxatividade	Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Presença de elemento especializante.	Reformou o acórdão, majorando a consequência penal.
		Tema 1139	Taxatividade	Legalidade estrita	Reformou acórdão, minorando a consequência penal.
Tema 1172	Taxatividade	Legalidade estrita	Reformou acórdão, minorando a consequência penal.		

		Tema 1205	Taxatividade	O pretexto da insignificância apenas do resultado material não pode desvirtuar o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal.	Manteve o acórdão, entendeu existir o crime.
	Não	Tema 157	Adequação ao entendimento do STF; Princípio da insignificância;		Manteve a absolvição do réu.
		Tema 585	Por questão de lógica e de proporcionalidade, e em atendimento ao princípio da individualização da pena, há a necessidade de se conferir um maior agravamento na situação penal do réu nos casos de multirreincidência.		Manteve a majoração da consequência penal.
		Tema 600 (revisado)	Adequação ao entendimento do STF; Segurança jurídica.		Revisão de tese
		Tema 646	Orientação emanada do STF e do conceito de crime formal.		Reformou o acórdão, entendeu existir o crime.
		Tema 931	Aspectos sociológicos do apenado		Manteve a minoração da consequência penal.
		Tema 933	Conflito aparente de normas solucionado pelo critério da consunção.		Manteve a exclusão do crime
		Tema 983	Necessidade de maior proteção à mulher vítima de violência doméstica. Dano moral. Dedução lógica da sentença penal condenatória.		Reformou acórdão, majorando a consequência penal.
		Tema 1155	Por analogia <i>in malam partem</i> , considerou-se cautelares de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga equivalentes a pena privativa de liberdade e na medida de segurança para fins de detração		Reformou acórdão, minorando a consequência penal
		Tema 1218	Entendimento assentado no EREsp n. 1.217.514/RS, a saber: a reiteração da conduta delitiva inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.		Manteve o acórdão, entendeu existir o crime.

Fonte: criação própria

Verifica-se que dos 26 temas repetitivos analisados, em 17 deles (65%), de alguma forma, há a presença da fundamentação baseada no princípio da legalidade. Vale salientar, os casos em que se demandou a subsunção da conduta à norma, ou seja, da averiguação da tipicidade formal, foi considerada como aplicação do princípio da legalidade, tendo em vista o processo construção desse elemento da dogmática do crime associado àquele.

Por outro lado, 9 dos 26 precedentes qualificados analisados (35%) utilizaram excludentes extralegais, conceitos dogmáticos, princípios de direito penal ou mesmo entendimento do STF, que muitas vezes ocorrem sem previsão legal, como fundamento.

Esses dados indicam uma tendência de aplicação do princípio da legalidade estrita, pois mais de dois terços dos precedentes são por ele fundamentados. Nada obstante, a utilização de outros instrumentos de aplicação do direito sugere a autocontenção da discricionariedade e subjetividade dos ministros da Terceira Seção do STJ.

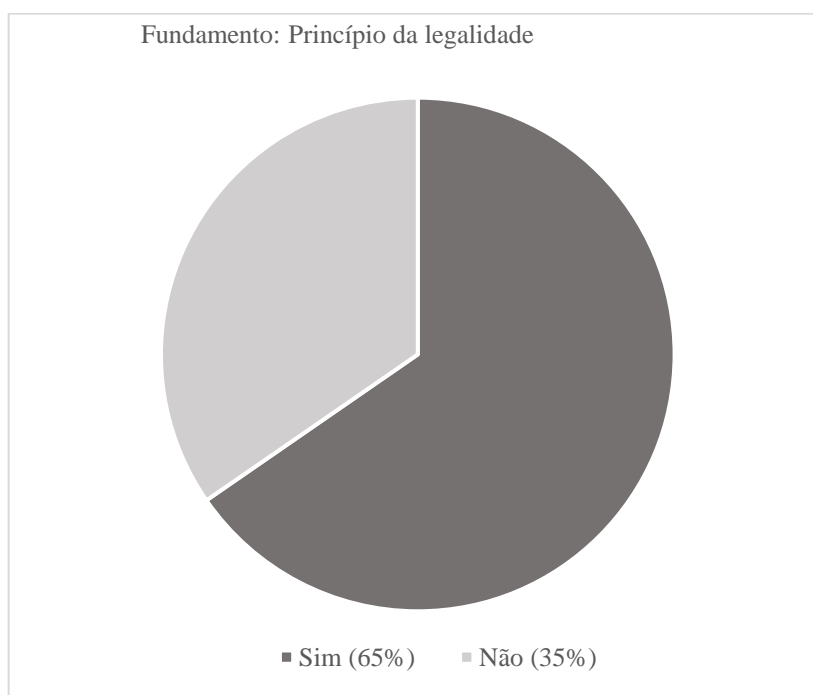


Gráfico 4: fundamentos x legalidade

Ademais, cabe pontuar que o resultado, no que diz respeito à manutenção da imputação criminosa e/ou consequências penais aplicadas ou excluídas, objetivamente não indicam uma tendência de postura criminalizadora ou despenalizante. Parece que, justamente, os instrumentos limitadores da subjetividade estudados estão funcionando efetivamente. Esse é um dado importante, extraído da análise dos julgados diz respeito à exclusão ou manutenção do crime e da consequência penal e, no caso desta, também à sua minoração e majoração. Veja no gráfico 4:

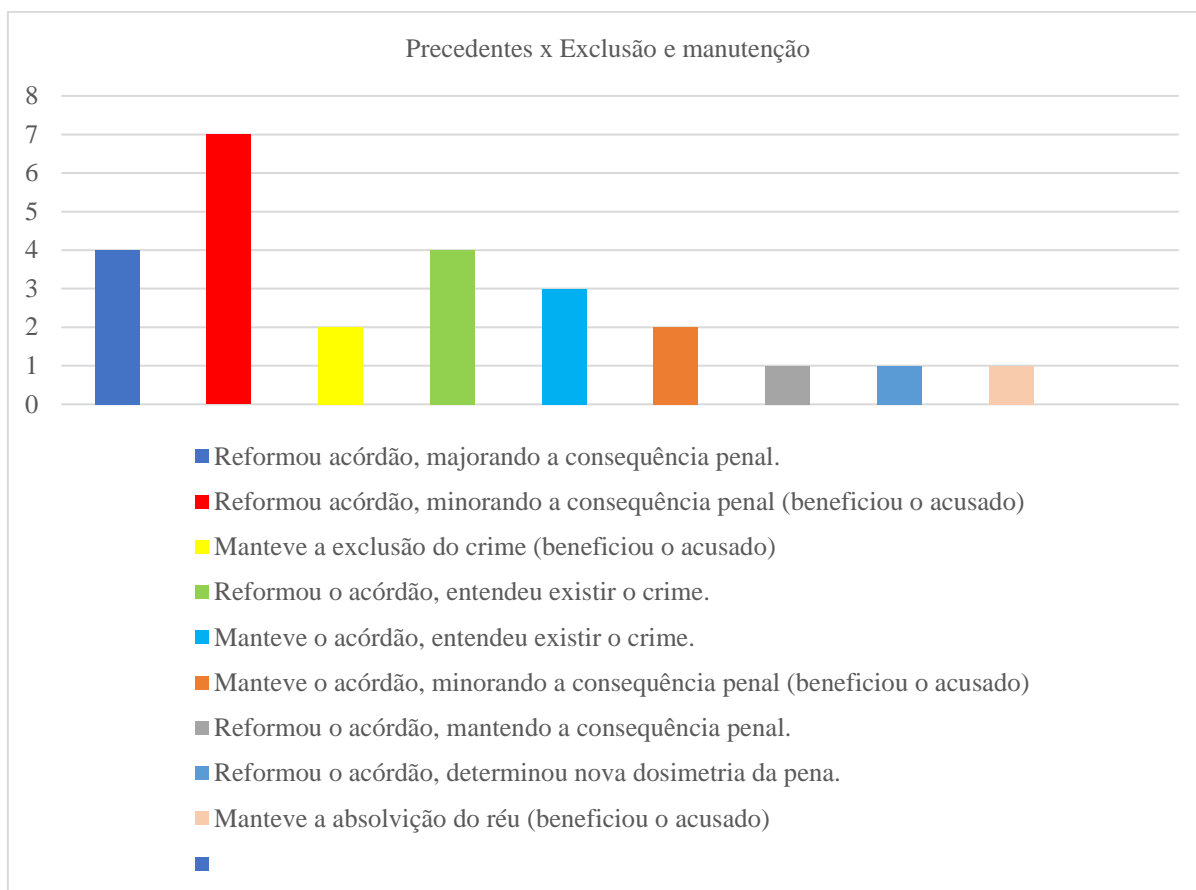


Gráfico 5 – Exclusão ou manutenção do crime e/ou da consequência penal

Dessa forma, considerando os fundamentos utilizados em conjunto com o número de precedentes que beneficiam os acusados (total de 13 – 50% dos analisados), infere-se que não há no STJ uma tendência de persecução punitiva ou de não repressão.

4.3.3 Interpretação da lei penal

Tabela 30 – Interpretação da Lei Penal

<p>Na construção da solução da controvérsia posta, foram utilizados métodos de clássicos de interpretação ou mesmo aspectos relativos a outras áreas de conhecimento como a sociologia,</p>	<p>Sim</p>	Tema 157	Dogmático
		Tema 190	Teleológico, histórico e lógico
		Tema 447	Dogmático, sistemático, teleológico e histórico e social. O relator foi vencido, defendendo uma solução que mitigava a legalidade estrita, fundamento que prevaleceu.
		Tema 593	Dogmático
		Tema 596	Teleológico
		Tema 646	Dogmático
		Tema 918	Gramatical, teleológico, dogmático, histórico, direito comparado, extrajurídico e sociológico, bem como interpretação sistemática. Estupro de vulnerável. Presunção de violência não pode ser relativizada por valores culturais internalizados na comunidade local.
		Tema 931	Aspectos sociológicos dos apenados. O inadimplemento da pena de multa, após cumprida a

antropologia, linguagem etc.? Se sim, apresentar quais e, se necessário, como se procedeu?		pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.
	Tema 933	Dogmático
	Tema 983	Teleológico. Aspectos sociológicos relacionados à violência contra mulher no âmbito familiar, com referências à teoria crítica de gênero.
	Tema 992	Teleológico
	Tema 1060	Dogmático
	Tema 1077	Dogmático
	Tema 1087	Dogmático e teleológico.
	Tema 1100	Gramatical, histórico, sistemático e teleológico
	Tema 1121	Teleológico, dogmático e interpretação sistemática.
	Tema 1139	Gramatical
	Tema 1155	Teleológico e interpretação sistemática
	Tema 1172	Histórico e literal
	Tema 1205	Dogmático
Tema 1218	Dogmático	

Fonte: criação própria

Tabela 31 – interpretação por meio de dedução lógica

Na construção da solução da controvérsia posta, foi utilizada a dedução lógica, a partir de um axioma, como método de interpretação? Se sim, qual o axioma apresentado?	Tema 190	Circunstâncias agravantes também sempre agravam a pena.
	Tema 585	Princípio da individualização da pena (no caso de multirreincidência, há de se ter uma resposta estatal mais contundente).
	Tema 600	Segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, tendo em vista entendimento divergente do STF.
	Tema 918	Princípio da proteção integral da criança e do adolescente
	Tema 983	Maior proteção à mulher vítima de violência doméstica
	Tema 1110	Maior reprovabilidade à conduta, para o roubo com arma branca, em que pese a não aplicação da majorante em virtude da <i>novatio legis in melius</i> .
	Tema 1121	Princípios da especialidade e da subsidiariedade, bem como direitos constitucionais da criança.

Fonte: criação própria

Desses dados, no que tange à fundamentação dos acórdãos julgados sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, vê-se que para além do princípio da legalidade, usado como alicerce em 17 precedentes qualificados, também se visualiza outros pilares de sustentação dos votos proferidos, quais sejam, os métodos clássicos de interpretação, raciocínio lógico na aplicação da lei penal, dogmática penal e aspectos sociológicos.

4.3.4 Intersecção dos fundamentos decisórios

No Diagrama de Venn⁴³ abaixo, é possível se ter uma perspectiva geral como se interconectam as escolhas decisórias.

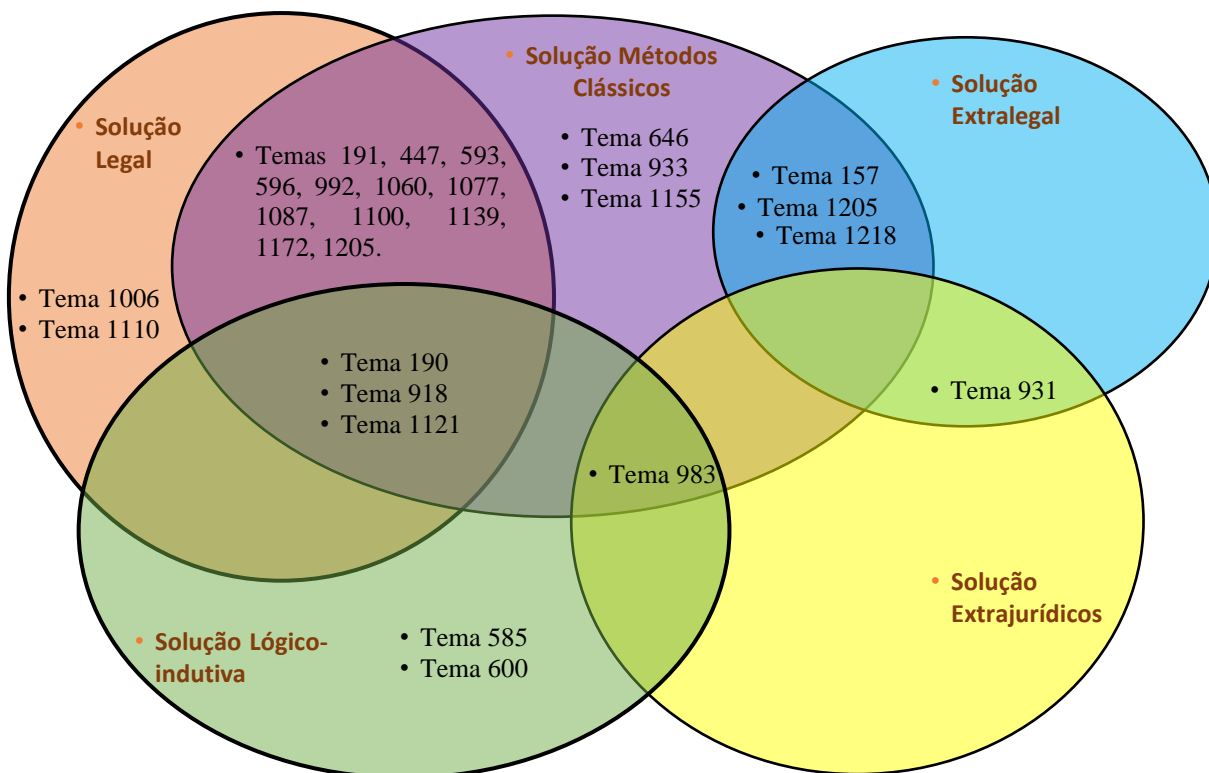


Diagrama de Venn: Intersecção dos fundamentos decisórios

4.3.5 Overruling

Tabela 32 - Overruling

O STJ se utiliza-se das técnicas de superação do precedente (<i>overruling</i>)? Se sim, qual modalidade?	Sim	Tema 157	Alteração parcial
		Tema 585	Redefinição do seu âmbito de incidência
		Tema 600	Superação
		Tema 931	Redefinição do seu âmbito de incidência

Fonte: criação própria

Por fim, observa-se que o STJ utiliza da técnica de superação de precedentes. Por vezes, em decorrência de alterações legislativas; por necessidade de adequação a entendimento do STF, ainda que em *decisum* não vinculante; ou por proposta de revisão do relator ou qualquer outro Ministro.

⁴³ Esse diagrama foi construído por meio do aplicativo *PowerPoint*, sendo transportado para o *Word*.

5 CONCLUSÃO

Não é raro ver nos noticiários casos concretos de grande repercussão, em que decisões judiciais exaradas pelas cortes supremas de, por exemplo, concessão de ordem de *habeas corpus* a pessoas com extensos antecedentes criminais. É o caso do HC 191.836, rel. Min. Marco Aurélio, que concedeu liminarmente a ordem para soltura de paciente (vulgo André do Rap) acusado de participação de organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas e a apreensão de quase 4 toneladas de cocaína.

Situações como essa provocam reações negativas do público em geral, reforça o discurso de que há uma gigantesca impunidade no país e que as Cortes supremas têm grande parcela de contribuição para tal. Muitos juristas, inclusive, quando chamados a emitirem opinião, proferem expressões genéricas como “garantismo integral”, “minimalismo penal”, para sustentar que estamos diante de um judiciário passivo às demandas punitivas.

Tais alegações estão conectadas às hipóteses aventadas na introdução desta investigação, seja de que o STJ tende a aplicar o princípio da legalidade de forma conservadora quando aplicado ao direito penal, inclusive, rechaçando a inserção no ordenamento jurídico brasileiro da ideia de *stare decisis*; ou de que o STJ abraçou o sistema de precedentes, mitigando a legalidade estrita e utilizando fundamentos com base na convicção pessoal para restringir a aplicação da lei penal, criando ou negando direitos relacionados à liberdade do cidadão.

Pois bem. Antes de se adentrar na exploração dos dados empíricos, por meio dos quais se respondeu às hipóteses suscitadas, foi necessário entender os conceitos jurídicos-penais-dogmáticos.

Para tanto, verificou-se que o princípio da legalidade surgiu em um contexto de desconfiança no intérprete, a qual se escorou na máxima do “juiz boca da lei”, substancializada na proibição do exercício de interpretação da lei. No entanto, o tempo encarregou-se de mostrar a impossibilidade de se alcançar esse ideal de segurança jurídica, de total eliminação da subjetividade e discricionariedade do juiz. Aliás, a dinâmica social, com conflitos cada vez mais complexos, novas tecnologias, bem como crimes transnacionais, isto é, terrorismo, tráfico internacional de drogas, armas, pessoas e de órgãos humanos, *cibercrimes* etc., demandaram até mesmo a criação de um direito penal internacional, que parece tender a relativizar alguns dos postulados de garantia contra o poder punitivo estatal, dentre os quais, a legalidade estrita.

A dificuldade mais premente na aplicação da lei penal diz respeito a falhas técnicas do legislador, quando cria tipos penais genéricos e imperfeitos, o que inevitavelmente deixa

margem para o intérprete não se vincular à lei ao operar a subsunção do fato à norma, o que veio a se chamar de tipicidade formal.

Daí a construção da dogmática penal, que estabelece os parâmetros técnicos da definição de crime, os quais visam limitar a subjetividade do intérprete, revestindo sua motivação de adequabilidade.

Outrossim, vê-se que a dogmática penal se apoia no caráter dedutivo da ciência jurídica. Isso significa que o direito aplica um conceito geral ou generalizante e abstrato a um caso particular, mormente o direito penal. Essa dedução se faz a partir de axiomas proclamados ao longo de séculos, os quais detêm alto grau de consenso, pois trata-se de hipóteses consideradas corretas (não verdadeiras), a partir de onde se desenvolverá a melhor solução da lide posta.

Para além da legalidade estrita, da dogmática penal e da natureza dedutiva do direito, materializada pelos axiomas, outros elementos foram sistematizados para controlar a discricionariedade do juiz. Começando pelos métodos clássicos de interpretação, que não foram abandonados, mas apenas reposicionado no sistema teórico atual. Além do mais, uma motivação satisfatória demanda considerar também aspectos linguísticos, verificados nos discursos jurídicos dialético e lógico, necessários para a contestação do *decisum* e para se eliminar antinomias.

Com o advento do CPC/2015, um antigo elemento é inserido no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de precedentes judiciais. Em virtude disso, houve um grande debate na academia, entre os juristas, entre práticos do direito, sobre como se efetivaria tal mecanismo prescrito pelo legislador; se os juízes ao interpretarem a lei poderiam agora criar e extinguir direitos; se o novo sistema seria aplicável ao direito penal.

É preciso dizer o instituto do precedente judicial existiu há muito tempo no Brasil de tradição *civil law*. Os “assentos” de Portugal e da Casa de Suplicação do Brasil, criados em 1851; bem como os prejulgados de 1923” ganharam *status* de precedentes vinculantes; tal qual as ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, as Súmulas vinculantes e os recursos extraordinários em sede de repercussão geral atualmente.

Esse movimento, sem dúvida alguma, ganhou relevo com a previsão expressa dos tipos de pronunciamentos judiciais que deveriam ser observados pelos juízes e tribunais, aditados no Livro III do CPC/2015, que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais.

Ora, do mesmo modo em que se importou ingredientes da família *common law*, pois, atualmente, incorporou-se à nossa linguagem jurídica conceitos de *stare decisis*, *ratio decidendi*, *distinguishing*, *overruling*; *obter dictum*, hoje, o direito inglês aproximou-se da

cultura *civil law* com a edição de várias leis, inclusive códigos, levando o sistema de precedentes a atuar também para interpretar as leis.

Nesse processo de transformação do sistema de justiça inglês, destaca-se a criação em 2005, substituindo a Câmara dos *Lords*, de uma nova Suprema Corte para julgar em última instância as causas cíveis de todas as partes do Reino Unido, bem como as causas criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte.

A propósito, os tribunais ingleses julgam casos concretos e, se necessário, criam normas caracterizadas pela generalidade e abstração, aplicáveis a todos os conflitos posteriores similares aos fatos que provocaram sua criação. Cumpre enfatizar a diferença entre a *ratio decidendi*, o princípio extraído do *decisum*, e um *dictum*, uma vez que este se trata de uma observação persuasiva, enquanto aquele tem força vinculativa. Desse modo, quando a *ratio decidendi* de um caso é aplicada em um caso posterior com semelhança suficiente ao feito inicial, estar-se-á diante de um *stare decisis*. Anote-se que não se exige que as circunstâncias fáticas sejam exatamente iguais, mas que tenham uma identidade razoável, senão, de fato, teríamos um debate infinito acerca da efetiva semelhança entre os casos julgados e os paradigmas decisórios invocados. A esse procedimento a doutrina conceitua de *distinguishing*.

Em que pese a sacralização do *stare decisis* do direito inglês, em 1966, a *House of Lords* se permitiu, por meio do *Practice Statement*, superar-se excepcionalmente um precedente diante de novos valores assimilados pela sociedade, além da possibilidade que já existia no caso de alteração legal. Para a superação de um precedente (*overruling*), a doutrina criou algumas técnicas, dentre as quais se alude ao *overruling* e a suas variações (superação do precedente, com negativa de sua vigência), *overriding* (o precedente é reescrito, com redefinição do seu âmbito de incidência) e *transformation* (transformação com alteração parcial do precedente, mas com resultado com ele compatível).

No caso americano, é fato que a *common law* é prevalecente sobre o parlamento, mas adequou-se aos parâmetros da Constituição e da Declaração Americana de Direitos (*Bill of Rights*). Acrescente-se que, no sistema jurídico americano, os juízes não são obrigados a fundamentarem suas decisões, tendo em vista a vinculação aos precedentes, por isso ocorre de os tribunais decidirem por unanimidade na maioria dos casos.

Por outro lado, tem-se que a Constituição americana criou um Estado federal. Mais que isso, ocorre a divisão de poderes entre 50 (cinquenta) soberanias. Isso reflete na observação mitigada dos *stare decisis* e organização judiciária, que, em cada unidade da federação, é autônoma e independente, formada por juízes, tribunais de apelação e uma Corte Suprema estadual. A propósito, a Suprema Corte nacional resolve apenas questões federais.

No que diz respeito ao funcionamento do rito processual, vige o processo adversarial, no qual são delimitadas as funções de acusar, de defender, de julgar e de presidir o julgamento, o qual é marcado pela oralidade, uma vez que o conselho de sentença é formado por pessoas do povo. Quanto a esse ponto, existem críticas, pois não há a busca pela verdade real diante da acusação de uma conduta criminosa, não há avaliação dos elementos subjetivos do tipo.

Além do mais, dentre outros fatores, em virtude dos altos custos de se levar adiante todos os casos a julgamento, criou-se o instituto do *plea bargaining*, de modo que, tendo o órgão acusador absoluta liberdade para negociar a confissão de culpa, cerca de 90 a 97% dos casos são finalizados por acordo de confissão.

Ao seu turno, necessário se faz destacar que, a partir do caso “*The United States v. Hudson and Goodwin*, de 1812, a Suprema Corte dos Estados Unidos banuiu a criação de crimes por precedentes, entendendo que apenas o Congresso teria essa atribuição.

Ora, diante das definições dos principais elementos da cultura *common law*, como então o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o princípio da legalidade em suas decisões qualificadas como precedentes aplicado ao Direito Penal?

A missão institucional do STJ é uniformizar a interpretação da lei federal. Tal comando constitucional foi reforçado pela previsão do art. 927, III, IV e V, do CPC/2015, onde há a ordem para os juízes e tribunais observarem, por exemplo, os acórdãos em recurso especial repetitivo. Nota-se que tal questão está relacionada ao modo como as cortes ordinárias têm recebido a ideia de aplicação híbrida dos sistemas *civil law* e *common law*. Aliás, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da Rua da Glória justificou que, por vezes, não aplica os precedentes prolatados pelo STJ, utilizando-se de termos oriundos da cultura *common law* como o *distinguishing*.

Quanto à aplicabilidade dos precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal, uma vez que aquele previa sua incidência supletiva somente aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, tal questão foi superada com a edição da Lei nº 13.964/2019. Esta deu nova redação ao art. 638 do CPP, que prevê: “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”. Antes disso, houve pronunciamento do STJ e do STF apontando nesse sentido nos RMS n. 62.452/PR e RE 966.177/RS. Além do mais, tem-se a disposição do art. 315, § 2º, VI, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, que é cópia do art. 489, § 1º, do CPC. Arrematando, o Regimento Interno do STJ, dispõe que compete às Seções processar e julgar os precedentes qualificados listados no art. 927 do CPC/2015, destacando-se

a competência da Terceira Seção, que funciona como órgão jurisdicional especial, dando a última palavra em matéria penal. Saliente-se que as decisões proferidas em sede *habeas corpus* não detêm força vinculante.

Desse modo, depreende-se que, enquanto no direito inglês, toda decisão judicial é um precedente em potencial, no Brasil a lei diz quais as decisões dos tribunais são qualificadas como paradigmas e estabelece o rito para formação de um precedente qualificado.

Nesse compasso, a formação de *stare decisis* no STJ se justifica em virtude da ocorrência das diversas interpretações de uma norma aplicada a uma pluralidade de casos concretos semelhantes; ou mesmo da multiplicidade de recursos com uma mesma interpretação da lei aplicada a uma multiplicidade de processos. De modo que, definida a tese no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, os múltiplos recursos sobre a mesma questão de direito firmada anteriormente no precedente qualificado e que margeiam suas particularidades fáticas, terão seu seguimento negado pelo próprio Tribunal recorrido, conforme manda o art. 1.030, I, do CPC.

Vale lembrar que o instituto do precedente qualificado, agora fonte primária, submete-se aos princípios, mormente da legalidade, que norteiam este ramo da ciência jurídica que tem por objeto as regras que privam a liberdade e/ou restringem direitos da pessoa. Por exemplo, o juiz não cria o direito a partir de sua própria vontade, mas de premissas legais; ou, as teses firmadas só retroagem quando beneficiar o réu, de modo que em razão disso, não se fala em modulação dos seus efeitos.

Cumprir dizer que o sistema de precedentes se efetivou em nosso ordenamento jurídico a partir edição da Resolução CNJ n. 235/2016, em atendimento a qual o STJ criou internamente o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, cuja atribuição é acompanhar os processos afetados ou admitidos para julgamento sob o rito dos repetitivos ou da assunção de competência em todas as suas etapas.

Além desses aspectos teóricos e práticos, possibilitados pela pesquisa bibliográfica disponibilizadas pela Bibliotecas do STJ e nas plataformas Mendeley, Scielo Brasil, além do Google Acadêmico, as escolhas metodológicas e parâmetros de pesquisa foram consolidados por meio as seguintes etapas: 1ª – Acessar as decisões judiciais que se quer estudar, analisar; 2ª – fazer o trabalho de tabulação dos temas repetitivos que serão analisados, em tabela do *office*; 3ª – estudar os precedentes selecionados; 4ª – tabulação dos dados extraídos da análise, em tabela do *office*; 5ª – tratamento dos dados; 6ª – confecção de gráficos que possam informar padrões ou tendências; e 7ª – construção do diagrama de Venn, constante da fl. 137, por meio do aplicativo *PowerPoint*, sendo transportado para o *Word*.

Assim, buscou-se resposta ao problema de pesquisa: Como o Superior Tribunal de Justiça tem atuado no exercício de sua missão constitucional, no que se refere ao princípio da legalidade aplicado ao direito penal? Tem mitigado, por exemplo, a legalidade estrita? Nos casos de lacunas da lei, tem interpretado de modo a agravar a consequência penal ou restringido a aplicação legal?

Para tanto, as decisões judiciais da Terceira Seção do STJ foram acessadas no sítio eletrônico do Tribunal, que disponibiliza seu sistema de pesquisa de jurisprudência e de precedentes, o qual, com a utilização de argumentos de pesquisa (por exemplo “legalidade e taxat\$”) escolhidos de acordo com a conexão com a base teórica, fez retornar como resultado 27 temas repetitivos da Terceira Seção. É preciso dizer que os argumentos de pesquisa foram utilizados com no máximo dois termos, o que tornou a ordem menos específica, tendendo a eliminar o viés de seleção.

Ato contínuo, os acórdãos foram estudados e analisados, tendo seus dados minerados para a obtenção das seguintes informações: As decisões do STJ qualificadas como precedentes em matéria penal solucionam apenas controvérsias que decorrem diretamente de interpretação da lei penal? Se não, qual o fundamento utilizado? Por meio desse dado, visa-se verificar se o STJ tem criado teses generalizáveis sem a existência de lei regulando o tema posto sobre direito penal? Tratando-se de aplicação do direito penal, sempre observam o princípio da legalidade, o qual desdobra-se na exigência de lei escrita; irretroatividade da lei penal, salvo quando para beneficiar o réu; descrição precisa e fechada da conduta proibida na lei, isto é, subprincípio da taxatividade; e exigência de lei estrita (formal), originada no Poder Legislativo, sendo vedada a criação de normas incriminadoras ou que agrave a pena por meio da analogia, exceto a *bonam partem*? No julgamento de um precedente qualificado na Terceira Seção é possível identificar fundamentos orientados por convicção pessoal, discricionários ou utilizam-se sempre métodos de interpretação, a dogmática-lógico-jurídico penal, com o fim de minimizar a subjetividade? No exercício interpretativo, adota-se premissas, axiomas, a partir dos quais se deduzem soluções consideradas adequadas? Quais os principais axiomas aos quais se conferem elevado grau de consenso? O STJ utiliza das técnicas de *overruling* com frequência?

De partida, pôde-se perceber a variedade de relatores das questões postas para julgamento repetitivo, 11 (onze) para 26 acórdãos, vez que o Tema 847 teve sua afetação cancelada. Os julgados estão distribuídos de 2012 a 2024, mas o marco inicial é 2008, quando passou a vigor a Lei nº 11.672. Destaque para o ano de 2022, que teve um pico 8 acórdãos repetitivos julgados, possivelmente em razão do represamento ocorrido em 2020 e 2021, anos da pandemia do *covd-19*.

No que diz respeito às tendências decisórias e diagnósticos de avaliação, verificou-se que nos Temas 157, 1205 e 1218 foram utilizados fundamentos extra legais para a solução da *quaestio* analisada. Isso representa 11% dos 26 acórdãos avaliados, indicando que o STJ **não** tende a formar precedentes qualificados ou firmar teses repetitivas a partir de definições e conceitos extralegais.

Numa visão mais geral, dos 26 precedentes, 17 (65%) utilizaram por fundamento o princípio da legalidade estrita com seus desdobramentos. De outro lado, 9 (35%) foram alicerçados por excludentes extralegais, conceitos dogmáticos, princípios de direito penal ou mesmo entendimento do STF. Esses dados sugerem, além da deferência ao princípio da legalidade estrita, uma sinalização de autocontenção da discricionariedade e subjetividade dos ministros da Terceira Seção do STJ.

De fato, a Terceira Seção do STJ mostra-se ponderada no que diz respeito à ideia de “juiz boca da lei” ou de que são utilizados fundamentos que margeiam a subjetividade. Os dados não apontam para nenhum dos referidos extremos, mas para a existência de forte influência da dogmática penal e confirma a premissa de que o direito praticado é basicamente dedutivo.

Outra informação que se extrai dos dados diz respeito à manutenção da imputação criminosa e/ou consequências penais, se são aplicadas ou excluídas, pois, pelo menos nos precedentes repetitivos do STJ, objetivamente não há uma indicação de tendência de postura criminalizadora ou despenalizante, uma vez que 50% dos casos analisados não beneficiam de alguma forma os acusados. Diante desse contexto, no que tange às afirmações de que o judiciário tem postura passiva ante a criminalidade, esta pesquisa não pode confirmá-la, pois não foi seu objeto de investigação. Mas no STJ, tais premissas não foram confirmadas quando do exame dos precedentes judiciais, em sede de recursos especiais repetitivos. Ao contrário, pelo menos no STJ, constatou-se que o garantismo, consubstanciado na aplicação da legalidade estrita integral, muitas vezes condenou ou agravou a consequência penal.

Com efeito, parece que os instrumentos legalidade estrita, métodos de interpretação, dogmática penal, lógica e obrigatoriedade de motivação, estão sendo efetivos na limitação da subjetividade.

Uma melhor visualização de tais conclusões está melhor representada no diagrama de Venn constante da fl. 138.

Cumprir dizer, ainda, que o STJ utilizou as técnicas de superação de precedentes, por vezes, em decorrência de alterações legislativas; por necessidade de adequação a entendimento do STF, ainda que em *decisum* não vinculante; ou por proposta de revisão do relator ou qualquer outro Ministro.

Diante de tais resultados da pesquisa, é possível identificar não somente a interpretação correta das questões de direito material suscitadas, mas também inferir a forma e orientações hermenêuticas então mais corretas. Outrossim, a pesquisa poderá ser um canal entre as definições dogmáticas estabelecidas nos precedentes examinados e o práticos, estudantes etc., que buscam entender a aplicação do princípio da legalidade no sistema de precedentes adotado em nosso ordenamento jurídico, bem como que, a segurança jurídica almejada pela inserção de aspectos da cultura *common law* ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, parece ser um norte sem volta, em que pesem aos muitos obstáculos do caminho.

Lado outro, pode-se dizer que o principal limite da pesquisa foi a inviabilidade, por falta de espaço, de inserir o exame de precedentes em matéria processual, cuja aplicação do axioma devido processo legal seria interessante de avaliar como o STJ o tem aplicado. Não menos importante, a quantidade de 26 acórdãos, especificamente de direito material, poderia ser maior.

Essa pesquisa suscitou algumas perguntas que poderiam ser objeto de investigação, dentre as quais cito a verificação se os Tribunais estaduais e/ou regionais federais têm aderido às teses prolatadas nos precedentes analisados; eventualmente, poder-se-á constatar se existe uma tendência de queda no número de recursos especiais e agravos em recurso especial, e se há correlação com a adoção da cultura de *stare decisis*, isto é, aplicação de *ratio decidendi* de precedentes vinculantes do STJ.

Dessa forma, tenho por imperioso concluir que o Superior Tribunal de Justiça tem importância fundamental no sistema de justiça brasileiro, pois, de fato, o nosso processo decisório judicial é uma verdadeira loteria. Aliás, o que muitos chamam de “justiça defensiva”, eu chamaria de tentativa de trazer este Sodalício excepcional para a sua Missão institucional originalmente concebida, de uniformizar a jurisprudência relativa à legislação federal.

Por fim, é inafastável a conclusão de que o STJ tem interpretado o princípio da legalidade em suas decisões qualificadas como precedentes aplicado ao direito penal de modo deferente, dosando a ideia de juiz boca da lei com a utilização dos métodos clássicos de interpretação, autêntica, judicial ou doutrinária; com a dogmática penal; os discursos dialético e lógico; bem como com elementos sociológicos. Outrossim, a reinserção da cultura *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, contribui para o fim de justiça a que se pretende, para isonomia e para segurança jurídica, mormente em matéria penal, sendo ferramenta que reforça a importância missão constitucional do STJ de dizer a última palavra acerca da interpretação da legislação federal, vinculando os demais órgãos jurisdicionais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003.

AQUINO, Mariane de Matos. O Sistema De Precedentes no Direito Pátrio: uma Análise à Luz do Garantismo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 22, n. 3, p. 826 – 851, 2021.

ALEKSANDROV, A. D; KOLOMOGOROV, A. N; LAVRENT'EV, M. A. **Mathematics Its Contents Methods And Meaning**. New York: Dover Publications, Mineola, 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria. As origens históricas do civil law e do common law / The historical origins of civil law and common law. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 1456-1486, ago. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BOAVENTURA, Bruno. Declaração de independência e Constituição americana: federalização do Estado. **Revista CEJ**, Brasília, v. 15, n. 52, p. 61 – 68, jan./mar. 2011.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª. Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

BONI, Luis. O Estatuto Jurídico das Perseguições dos Cristãos no Império Romano. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 37, n. spe, p. 135-168, fev. 2015.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre *common law* e *civil law* no CPC. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 58, n. 232, p. 213-236, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p213). Acesso em: 30 set. 2023.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Revista Sequência**, Recife, v. 35, n. 68, p. 59 – 73, jun. 2014

BRANDÃO, Cláudio. Trajetória Dogmática do Tipo de Aborto. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, vol. 7, nº12, p. 59 – 89, set. 2016.

BRASIL. Constituição Política do Império. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 3 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 6/9/2023.

BRASIL. Código de Processo Penal. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. . Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 6/9/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro De 1940**. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, RJ, ano 119, n. 7, p. 187, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-pe.html>. Acesso em 3 de setembro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução nº 235**, de 13 de julho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.183.134/SP. Relatora: Ministra Regina Helena Costa - Terceira Seção, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 abr. 2014.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271183134%27\)+ou+\(%27EREsp%27+adj+%271183134%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271183134%27)+ou+(%27EREsp%27+adj+%271183134%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 500.080/SP. Relatora: Ministro Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 ago. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201900815044. Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 14 fev. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.688.878/SP. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.117.068/PR. Relatora: Laurita Vaz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1117073. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.566/DF. Relator: Marco Aurélio Bellizze – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 set. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1111566. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.931.145/SP. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 jun. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1931145. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1193196/MG. Relator: Maria Thereza de Assis Moura – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 dez. 2012. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1193196. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.311.408/RN. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 maio. 2013. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1311408. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET 11.796/DF. Relator: Maria Thereza de Assis Moura – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=Pet&num_processo_classe=11796. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.362.524/MG. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 maio. 2014. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1362524. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.480.881/PI. Relator: Rogerio Schietti Cruz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 set. 2015. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1480881. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.090.454/SP. Relator: Rogério Schiatti Cruz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 mar. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1480881. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.378.053/PR. Relator: Nefi Cordeiro – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1378053. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.643.051/MS. Relator: Rogério Schiatti Cruz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 mar. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1675874. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.705.149/RJ. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 ago. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1705149. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.753.512/PR. Relator: Rogério Schiatti Cruz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 mar. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1753512. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.859.933/SC. Relator: Antonio Saldanha Palheiros – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 abr. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1859933. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.794.854/DF. Relator: Laurita Vaz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jul. 2021. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1794854. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.888.756/SP. Relator: João Otávio Noronha – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1888756. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.920.091/RJ. Relator: Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado Do TJDF) – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 ago. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1920091. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.921.190/MG. Relator: Joel Ilan Paciornik – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 maio. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1921190. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.959.697/SC. Relator: Ribeiro Dantas – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jul. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1959697. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.977.027/SC. Relator: Laurita Vaz – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 ago. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1977027. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.977.135/SC. Relator: Joel Ilan Paciornik – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 nov. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1977135. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.003.716/RS. Relator: Joel Ilan Paciornik – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 out. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=2003716. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.062.095/AL. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 out. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=2062095. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.083.701/SP. Relator: Sebastião Reis Júnior – Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 mar. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=2083701. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 966177 RG-QO. Relator: Ministro Luiz Fux – Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 fev. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397311/false>. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 62.452/PR. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas - Terceira Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=RMS+62452&filtroPorOrgao=>

&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3ERMS+62452%3C%2Fb%3E. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. **Prática e Estratégia: Recursos Cíveis**. 1ª Ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. **Prisma Jurídico**, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 86, 2018.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1ª Ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 38 – 82.

CAZETTA JUNIOR, J. J. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 244, p. 186–207, jan. 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Ciência**. [s. l.], [S. l.], p. 21 – 22, nov. 2023.

Disponível em

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4600882> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4600882>. Acesso em: 22 dez. 2023.

COSTA, Alexandre Araújo; HORTA, Ricardo Lins; FUGÊNCIO, Henrique. **Direito e Pesquisa**. [S.n.], Brasília, p. 1 - 24, 2020. Disponível em: <https://metodologia.arcos.org.br/aula01-2/#4-1-leitura-obrigat-ria>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DELRÉE, Edouard. A herança francesa posta à prova do tempo: história do processo penal na Bélgica (1814-2020). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 39-40, ago. 2021.

DEVERS, Lindsey. Plea and Charge Bargaining: Research summary. Arlington: **Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice**, 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/search/results?keys=Plea+and+Charge+Bargaining#gsc.tab=0&gsc.q=Plea%20and%20Charge%20Bargaining&gsc.page=1>. Acesso em 11/03/2024

DIVAN, Gabriel Antonolfi. O Processo Penal Brasileiro e a Estrutura de Precedentes: Desafios de uma Nova Lógica em Busca de uma Política Processual Democrática. *In*: CRUZ, Rogério Schietti; BADARÓ, Gustavo Henrique; MADEIRA DEZEN, Guilherme. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. 1ª Ed. São Paulo: 2021. p. 697 – 712.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras?. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas Sociais. Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, n° 92, São Leopoldo, n. 92, v. 34, set./dez. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERNANDES, Og; LEOPOLDINO KOEHLER, Frederico Augusto; 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.* **Sistema Penal Contemporâneo**. 1ª Ed.. Belo Horizonte: Forum, 2021

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FREITAS, João Victor Lanna de. **O *crimen maiestatis* e o Principado Romano (27 A.C – 68 D.C): conflito, competição e representação.** Tese (Doutorado em História) Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2021. p. 192.

GARCÍA, Germán Silva; IRALA, Fabiana; Pérez-Salazar, Bernardo. Das distorções da criminologia do Norte global a uma nova cosmovisão na criminologia do Sul. **Dilemas**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 179-199, jan. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, dez. 2010.

GIORGI JR., Romulo P. O Uso de Precedentes no Direito Penal e no Processo Penal Brasileiros. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 320, ano 46. p. 385-406, out. 2021.

GIORGI JR, Romulo Ponticelli. A Natureza das Atividades de Criação Elencadas no Art. 927 do CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 21, n. 3, set. 2020.
Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/46468>. Acesso em: 15 abr. 2024.

GLISSEN, Jonh. **Introdução histórica as direito.** 5ª ed. Tradução de Antonio Manuel Hespana. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOODE, Érica. Stronger Hand for judges in the ‘Bazaar’ of Plea Deals. **The New York Times**, New York, 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/03/23/us/stronger-hand-for-judges-after-rulings-on-plea-deals.html>. Acesso em: 11/03/2024.

GORMLEY, Jay. The inefficiency of plea bargaining. **Journal of Law and Society**, 2022.
Disponível em:

<https://www.mendeley.com/search/?page=1&query=JAY%20GORMLEY&sortBy=relevance>
. Acesso em: 11/03/2024.

GUASTINI, Riccardo. **Nuevos Estudios sobre la Interpretación**. Trad. e apresentação de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. *E-book*, cap. VI, tradução nossa (Série de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho nº 55).

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos de Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma Teoria Dos Precedentes Vinculantes No Processo Penal**. Orientador: Danilo Knijnik. - 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

KRELL, Andreas J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295 - 320, jan. 2014.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Sistema Penal como Instrumento Proletário: a luta da criminologia radical e a legitimação inversa do sistema punitivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, p. 61 - 90, jul./dez. 2013).

MACHADO, Luiz Alberto. Interpretação Da Lei Penal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1974. Disponível em:
<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8776/6092>. Acesso em 08 fev. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos estados unidos da américa e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Sistema Brasileiro de Precedentes, e Processo Penal e o Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça para o Fortalecimentos dos Precedentes. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; Cruz, Rogério Schietti (Ed.). **Código de Processo Penal**: Estudos comemorativos pelos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 711 + 725.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. Fourth Edition. Stanford: Stanford University Press, 2018.

MEZZALIRA, Ana Carolina. Interseções Entre Filosofia Da Linguagem E Processo Penal: repensando as bases do direito pelas lentes de Luis Alberto Warat. **Revista Húmus**, Porto Alegre, v. 12, n. 36, p. 334 – 351, Ago. 2022. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/18879>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MIRANDA, Lara Carolina. **Entre a deferência judicial e a intervenção nas políticas públicas**: práticas decisórias do superior tribunal de justiça no enfrentamento à covid-19. 2023. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2023.

MOURA, Humberto Fernandes de. Hermenêutica Filosófica E Atividade Judicial Pragmática: Aproximações. **Revista Brasileira de Políticas Públicas/UNICEUB**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 100-114, set. 2014. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2930>. Acesso em 09 fev. 2024.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Mitidiero, D. F. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. vol. 206. p. 61 - 78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

O'CONNOR, Vivienne. Common Law and Civil Law Traditions. **INPROL**, [S.l.], 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2665675. Acesso em: 15 out 2023.

PAULA, Jacqueline Borges de. O Termo *Axioma* de Platão à Modernidade: Reflexões Interpretativas Fundamentadas no Pensamento sobre Complementaridade Otteano. **Caminhos da Educação Matemática em Revista/On line**, [Aracaju], v. 3, n. 1, p. 32 – 65, jul. 2015.

PEREIRA JR., Antonio Jorge Pereira; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo Judicial: O Caminho da Racionalidade Jurídica ao Argumento Político. *In*: PEREIRA JR., Antonio Jorge Pereira; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: 1ª Ed., Fundação Fênix 2020. p. 161 – 190.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Sistemas processuais penais**. [S. l.]: [S. n.] 2000.

RE, Edward D.. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, [S. l.] v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.

ROCHA, Lauriane Matos da. **A (In)Compatibilidade da Teoria dos Precedentes Vinculantes do Processo Penal**. 2021. Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB, Brasília. 2021.

ROCHA, Leonardo Bolelli. A teoria do overruling à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, v. 110, n. 1, p. 77-89, dez. 2018.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, **Fortune**, [S. l.], vol. 35, p. 208, jan. 1947.

SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 269 - 330, jan. 2008.

SILVA, Márcio Evangelista da. O Superior Tribunal de Justiça e os precedentes vinculantes no direito penal e processual penal. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.] v, 28, n. 329, p. 24 – 28, fev, 2020.

SILVA, Márcio Evangelista da. **Os precedentes vinculantes no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro**. 1ª Ed. Brasília: Escola de Formação Jurídica – TJDFT, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Boletim de Precedentes do STJ, Ano 8, Edição 17. 20/12/2023 a 29/2/2024**. Brasília, DF: STJ, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF: STJ, 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1987. P. 153.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Eine systematische Darstellung. Berlin: De Gruyter, 1958.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1ª Ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249 – 274.

**ANEXO ÚNICO – CONJUNTO DOS 26 TEMAS OBJETO DA PESQUISA E TESES
FIXADAS PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ**

TEMA	TESE FIXADA
157	“Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda”.
190	“O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal”;
191	“É cabível a aplicação retroativa da Lei n.11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da utilização da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis”.
447	“O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro”.
585	“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da

	agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.
593	"Considera-se típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD's E DVD's 'piratas”.
596	“É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a <i>abolitio criminis</i> temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30e 32 da Lei n. 10.826/2003”.
600	“O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo”.
646	“É típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP)”.
918	“Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, <i>caput</i> , do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”.
931	“O inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária”.
933	“Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada”.

983	“Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não indicada a quantia, e independentemente de instrução probatória específica”.
992	“A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.
1006	“A unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios”.
1060	“A desobediência à ordem legal de parada, emanada por agentes públicos em contexto de policiamento ostensivo, para a prevenção e repressão de crimes, constitui conduta penalmente típica, prevista no art. 330 do Código Penal Brasileiro”.
1077	“Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente”.
1087	“O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”.
1100	“O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”.
1110	“1. Em razão da <i>novatio legis in melius</i> engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem; 2. O julgador deve fundamentar

	o novo apenamento ou justificar a não realização do incremento na basilar, nos termos do que dispõe o art. 387, II e III, do CPP; e 3. Não cabe a esta Corte Superior a transposição valorativa da circunstância para a primeira fase da dosimetria ou mesmo compelir que o Tribunal de origem assim o faça, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a <i>novatio legis in melius</i> ”.
1121	“Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)”.
1139	“É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”.
1155	“1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o <i>status libertatis</i> do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada”.
1172	“A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso”.
1205	“A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância”.

1218	<p>“A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”.</p>
-------------	--