

PRECEDENTES EM AÇÃO? A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O QUE ESSE CASO ENSINA
PRECEDENTS IN ACTION? THE PROVISIONAL CRIMINAL EXECUTION, THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND WHAT THAT CASE TEACHES

Daniel de Souza Lucas

Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro (Brasil).

E-mail: daniel.lucas@ufrj.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3612789113321010>.

Mário César da Silva Andrade

Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro (Brasil).

E-mail: mariocsa@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6844744184325990>.

José Ribas Vieira

Pós-doutorado em Direito na Université Montpellier I - CERTE (França). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em Ciência Política pela Ohio University (EUA). Graduado em Educação, em Direito e em Ciências Sociais, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Professor Titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Professor Associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Professor Visitante na University of Illinois at Urbana-Champaign (EUA). Professor Visitante na University of Florida (EUA). Professor Titular aposentado de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense - UFF. Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-americano. Pesquisador-coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq "Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ", Rio de Janeiro (Brasil).

E-mail: jribas@puc-rio.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7976161481295330>.

Submissão: 13.01.2019.

Aprovação: 24.06.2019.

RESUMO

O presente artigo analisa os significados atribuídos ao termo precedente em um conjunto de casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A doutrina processual civil contemporânea tem se manifestado, e movimentado, de maneira a influenciar os tribunais a tratar uma decisão judicial com pretensão de universalidade como um precedente vinculante e obrigatório nas instâncias inferiores. Busca-se analisar criticamente a posição do Tribunal sobre esse ponto controverso, a partir do confronto entre a argumentação do STJ, as construções teóricas de juristas da tradição do *common law*, especialmente Frederick Schauer, e as contribuições da doutrina brasileira, como as de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Hermes Zanetti Jr. Metodologicamente, a pesquisa qualitativa bibliográfica vale-se de fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, com destaque para acórdãos do STJ. Em conclusão, identifica-se uma dinâmica similar a dos precedentes do *common law* no que tange à percepção de vinculação, muito em função do estabelecimento de enunciados nas decisões judiciais influentes. Todavia, ao funcionarem como regras, os enunciados são um obstáculo ao avanço da cultura argumentativa das decisões judiciais. Como atualmente praticado no Brasil, o precedente está mais próximo de um acordo entre intérpretes para preferir certas decisões judiciais em detrimento de outras fontes do direito, do que de uma convergência ou assimilação da doutrina do precedente típica do *common law*.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Efeitos vinculantes. Fontes do direito.

ABSTRACT

This article analyzes the meanings attributed to the previous term in a set of cases decided by the Superior Court of Justice (STJ). The contemporary civil procedural doctrine has been manifested, and moved, to influence the courts to treat a judicial decision with pretension of universality as a binding and binding precedent in the inferior courts. It is sought to analyze critically the position of the Court on this controversial point, from the confrontation between the STJ argument, the theoretical constructions of jurists of the common law tradition, especially Frederick Schauer, and the contributions of Brazilian doctrine, such as Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero and Hermes Zanetti Jr. Methodologically, qualitative bibliographical research is based on doctrinal, legislative and jurisprudential sources, with emphasis on STJ judgments. In conclusion, a dynamic like that of common law precedents is identified regarding the perception of linkage, much in terms of the establishment of statements in influential court decisions. However, by acting as rules, statements are an obstacle to the advancement of the argumentative culture of judicial decisions. As currently practiced in Brazil, the precedent is closer to an agreement between interpreters to prefer certain judicial decisions over other sources of law than to a convergence or assimilation of the doctrine of precedent.

KEYWORDS: *Precedents. Binding effects. Sources of law.*

INTRODUÇÃO

O artigo aborda o tema dos precedentes judiciais, entretanto, sob o diferencial de pretender avançar em um sentido ainda não muito explorado. A intenção é evitar uma abordagem prescritiva e centrar a análise na verificação do significado atribuído ao termo

precedente pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Todos os casos escolhidos para análise tratam da possibilidade jurídica de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, após a sessão plenária do Supremo Tribunal Federal (STF) que indicou que haveria uma mudança jurisprudencial no assunto¹. Isso importa na medida em que a doutrina processual contemporânea tem se manifestado, e movimentado, de maneira a influenciar os tribunais a tratarem o precedente como vinculante e obrigatório nas instâncias inferiores², ainda que a apreensão do termo varie muito, desde um extremo, em que qualquer decisão judicial de uma instância superior vale como precedente, até o outro, em que apenas decisões com expressa pretensão de universalidade e uniformização se revestiriam desse *status*.

Em tese, os precedentes seriam decisões reconstrutivas do ordenamento jurídico, aquelas que *densificam* o ordenamento, e firmadas pelos tribunais com pretensão de servirem de regras para decisões de casos-futuros (ZANETTI JR. 2016, p. 408)³. Eles permitiriam que a segurança jurídica fosse incrementada, em função de um duplo efeito que exercem: (1) orientam os comportamentos futuros dos jurisdicionados e (2) otimizam a eficiência cognitiva e decisória das instâncias judiciais, uma vez que nem todas estariam *abertas a considerações* em todas as questões sob sua responsabilidade (SCHAUER, 2009, p. 43).

Primeiramente, antes de iniciar a busca pelo significado atribuído ao precedente no conjunto de casos analisados, busca-se estabelecer definições suficientemente precisas e úteis acerca da doutrina do precedente em sua origem (a tradição da *common law* inglesa e americana) para o suporte de conclusões quanto aos pontos de interseção, convergência ou divergência entre a prática do STJ e a teoria do precedente. No capítulo seguinte, busca-se fornecer evidências da existência de um processo de argumentação através do qual, ao longo do tempo e da cadeia de autoridade, uma decisão considerada influente possa emular o efeito de um precedente, causando no tomador de decisão a percepção de que sua liberdade decisória estaria limitada por uma decisão influente e cronologicamente precedente. Para isso, analisa-se o posicionamento do STJ, com enfoque na construção do entendimento do Tribunal ao longo dos julgamentos selecionados, desde o pioneiro, os Embargos de Declaração no

¹ Os autores agradecem os comentários e sugestões do Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira, que muito contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa.

² Defendem a vinculatividade do precedente judicial, entre outros: MARINONI (2013); WAMBIER (2016); ZANETTI JR (2016); e MITIDIERO (2016).

³ Partindo dessa conceituação, ZANETTI JR. (2016, p. 408) defende a aplicação vinculativa do precedente mesmo quando o julgador não concorda com seu conteúdo. SCHAUER (2009, p. 41) adota conceituação ligeiramente distinta, embora a ideia da aplicação vinculativa também integre o conceito básico desse autor.

Recurso Especial (REsp) n. 1.484.415/DF, até o delineamento da questão, com a Questão de Ordem na Ação Penal n.º 675/GO e o *Habeas Corpus* n. 352.845/SP, culminando na análise do sentimento de unanimidade da Corte.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO

A Reclamação n.º 30.193/SP impetrada junto ao STJ em 04/03/2016, representou a consolidação do entendimento da Terceira Seção do STJ sobre a possibilidade de execução provisória da pena (BRASIL, 2016c). Nessa ação, o Reclamante questionou a conformidade da decisão judicial no despacho do juízo de execução penal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), de 22/02/2016 (SÃO PAULO, 2016), ao disposto no *Habeas Corpus* (HC) n.º 308.788/SP, de 01/09/2015, do STJ (BRASIL, 2015). A decisão havia garantido ao réu a prerrogativa de não ser preso preventivamente.

A decisão do TJ/SP tinha como pano de fundo a divulgação oficiosa do julgamento do HC n.º 126.292/SP no STF (BRASIL, 2016i), em que foi afirmada a possibilidade da execução provisória da pena. O mesmo pano de fundo serviu à argumentação da defesa e do Ministério Público. E ao se debruçar sobre o objeto, a Terceira Seção do STJ deixou claro que já havia firmado posição sobre em que bases aplicaria a mudança de *orientação jurisprudencial* do STF, esclarecendo em que circunstâncias fáticas e com quais consequências práticas.

Esse processo decisório (conjunto de casos) formador de um *entendimento pacificado* entre os ministros se mostrou útil para evidenciar que há uma distinção entre o que pode (e deve) ser considerado uma decisão influente e aquilo que pode (e deve) ser considerado um precedente. Não tanto em função dos efeitos que tendem a provocar, enquanto decisões influentes que emulam precedentes e tendem a causar, nos tomadores de decisão, uma percepção de vinculação, mas sim da orientação que proporcionam, consequência da forma como o juízo é produzido ao longo do processo decisório, a partir da construção de enunciados.

2.1 DECISÃO JUDICIAL INFLUENTE E PRECEDENTE: DISTINÇÕES

Busca-se apresentar as semelhanças e destacar as muitas diferenças que existem entre o que pode (e deve) ser considerado como uma decisão judicial influente e o que pode (e deve) ser considerado um precedente. O objetivo é fazer com que, a partir das características apontadas, seja possível identificar no discurso de um argumentador os indícios de referência

a um ou outro tipo de decisão. Pretende-se, ainda, distinguir a decisão judicial que recorre à analogia para justificar seu resultado e a decisão que se justifica em função da aplicação de um precedente. Essa distinção é relevante à medida que implica formas de raciocínio e argumentação que não conduzem, necessariamente, às mesmas conclusões.

2.1.1 Características relevantes da decisão judicial

No nível mais genérico, pode-se dizer que determinar o resultado de uma controvérsia concreta e específica em todas as suas particularidades é a principal função dos tribunais e disso decorre que o ponto de partida para o exercício dessa função são os fatos, mais precisamente a caracterização deles em um sentido bem diferente daquele que é típico da função legislativa (WEINREB, 2008, p. 54). Soa pouco polêmico afirmar que a maioria das controvérsias jurídicas que chegam aos tribunais tem origem no conflito entre diferentes opiniões sobre fatos. E isso porque, ou se considera que as normas não se aplicam aos fatos, ou se defende que os fatos não estão previstos nas normas. É nesses casos que um tribunal desempenha seu principal papel: cabe a ele examinar os detalhes mais específicos, estreitar progressivamente o foco de discussão até que seja possível chegar a um resultado que pacifique, minimamente, a questão.

Isso permite destacar o que talvez seja a característica sistêmica mais importante da função jurisdicional: decisões são interpretações aproximativamente particulares das fontes do direito. Tomadores de decisão podem utilizar a mesma fonte, aplicá-la de forma diferente e chegar a resultados distintos, discordando sobre o que essa fonte do direito exige ou permite (SHECAIRA, 2013, p. 10), por exemplo, quando o art. 5º, LVII, da CRFB (BRASIL, 1988) diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Existe uma liberdade decisória que é inerente à função jurisdicional e impacta em seu resultado.

Disso decorre outra importante característica da função jurisdicional, que é o constrangimento que qualquer decisão judicial pretérita, enquanto fonte do direito, pode exercer sobre um posterior decisor. Uma decisão é mais forte, ou melhor, menos tendente a ser reformada, quando é possível defender que o tratamento dispensado hoje nessa decisão presente é o mesmo tratamento dispensado no passado a uma situação similar. Essa característica é periférica, porque seu grau de influência está bastante ligado à pessoa do intérprete, diferentemente da liberdade decisória que é uma característica sistêmica (impessoal). Quando o intérprete da decisão presente é o mesmo da decisão passada, a

influência da decisão pretérita atinge seu grau máximo, em função da exigência de consistência entre as decisões (SHECAIRA, 2013). A ideia geral é a de que o intérprete deve estar comprometido com sua interpretação.

Nessa linha, a participação de outros intérpretes pode enfraquecer o constrangimento exercido pela decisão pretérita. Uma vez que o novo intérprete ainda não se comprometeu com uma interpretação específica, e goza da liberdade decisória que é uma característica sistêmica, ele pode identificar e entender os fatos e as fontes de maneira diversa, pois ainda goza de sua liberdade decisória (SHECAIRA, 2013). Não há contradição, *in abstracto*, quando uma interpretação alternativa está justificada pelas circunstâncias.

Assim, é possível chegar a um importante ponto sobre decisões judiciais: a existência de um dever de observar as decisões anteriores não é, nem pode ser, absoluto. A decisão tomada pelo intérprete *A* no ano passado pode (e deve) exercer uma forte influência sobre a decisão que ele deve tomar hoje em um caso similar, porque, à ocasião, ele se comprometeu com uma interpretação do direito que só pode (e deve) ser afastada sob circunstâncias relevantes, a serem explicitadas. Seria contraditório que o intérprete *A* usasse outra interpretação para um caso similar, sem justificar a distinção relevante entre eles. Mas não há, necessariamente, inconsistência quando um intérprete *B* discorda da interpretação feita por *A* no passado e decide, justificadamente, de forma diferente. Do ponto de vista sistêmico, a decisão do intérprete *B* é um resultado aceitável, e até esperado, em função da pluralidade de tomadores de decisão nas diferentes instâncias.

Talvez esse seja um dos motivos pelos quais o recurso à analogia é onipresente na argumentação dos advogados e na justificação das decisões dos tomadores de decisão. Recorrentemente, advogados invocam decisões anteriores *como se fossem* precedentes vinculantes. Na verdade, eles escolhem livremente, entre as fontes disponíveis, um caso-fonte para a analogia e, em função dos aspectos que consideraram relevantes, estabelecem semelhanças com a pretensão de conduzir logicamente (e persuadir) o tomador de decisão ao resultado desejado. Tomadores de decisão recorrem ao processo analógico para aprender⁴. Em contraponto, ao criticar razões e resultados pretéritos, busca-se construir um entendimento que permita afastar o caso-fonte como paradigma (SCHAUER, 2009, p. 85-87).

⁴ Seguindo a terminologia dos psicólogos cognitivos que estudam a analogia, podemos nos referir ao caso anterior como fonte, ou *fonte* analógica, e o caso atual como o *alvo*. Quando um advogado usa uma analogia em um argumento (ou um juiz usa em sua decisão), o advogado está destacando que alguma característica do caso-fonte está presente no caso-alvo e, conseqüentemente, o caso-alvo deve ser decidido semelhantemente ao caso-fonte (SCHAUER, 2009, p. 85-87).

O que se defende é que decisões judiciais influentes tendem a figurar no raciocínio analógico em função da orientação que parecem oferecer, das lições que parecem ensinar ou da persuasão que parecem exercer. Julgadores selecionam analogias que acreditam ajudar qualquer leitor a ver a sabedoria de sua conclusão. No imaginário coletivo, a consistência aparente da decisão formada nesses termos parece aproximar a decisão judicial influente do precedente. A qualificação dessa consistência como *aparente* decorre da dificuldade de distinção entre a boa e a má analogia, o que muitas vezes impede o exercício do controle judicial das decisões (SCHAUER, 2009, p. 88).

Dessa forma, ao longo deste artigo, o termo *decisão influente* será utilizado para identificar as situações em que: o tomador de decisão interpretou as fontes do direito para vincular apenas as partes aos efeitos de sua decisão, sem pretender que sua decisão produzisse efeitos prospectivos (para decisões futuras); ou teve liberdade para selecionar o caso-fonte e assim realizar a analogia de justificação da decisão no caso-alvo.

2.1.2 O precedente judicial e seus efeitos

Fazer uso de precedentes, na tradição jurídica anglo-saxã, significa atribuir um grande peso a certo tipo de decisão judicial. A doutrina do precedente permite que uma decisão judicial seja incorporada às fontes obrigatórias (*mandatory sources*) do direito (SHECAIRA, 2013, p. 32). Como exposto, toda decisão judicial pretérita pode exercer algum grau de influência sobre o caso atual, principalmente, por conta da ideia de que casos semelhantes devem ser decididos similarmente. Por outro lado, essa influência é maior sobre o tomador de decisão que se comprometeu pessoalmente com determinada interpretação. Então, o que há de diferente, de especial, na doutrina do precedente?

Nas tradições inglesa e americana, quando um caso sob análise, um caso que os juízes estão tentando decidir, é considerado semelhante a um caso em que um tribunal superior estabeleceu uma regra de direito (*legal rule*), então, esse caso está, de alguma forma, vinculado a essa regra, que recebe o *status* de precedente⁵. Essa definição do precedente, ainda que imprecisa, chama a atenção para aquilo que pode ser considerado como a característica-chave de um precedente judicial: o reconhecimento de que uma decisão judicial

⁵ É a autoridade ou *status* de precedente que atribui força, vinculatividade, não a solidez do raciocínio desenvolvido, nem a crença do tribunal que o está aplicando de que o resultado dele é o melhor resultado para o caso em particular (SCHAUER, 2009, p. 41).

que satisfaz determinadas condições deve ser vista (e servir) como regra para decidir (SCHAUER, 2009, p. 41).

Quando se adota a doutrina do precedente, deve-se ter em mente a distinção entre *decidir conforme o precedente* e *decidir por analogia*. Para um tomador de decisão, o precedente pode ser um obstáculo na tarefa de atingir o melhor resultado no caso concreto, dada sua pretensão vinculante. Quem está constrangido por um precedente não pode, como no raciocínio analógico, selecionar os aspectos relevantes que irão determinar o resultado para justificar a decisão (SCHAUER, 2009, p. 90).

A operação segundo um precedente é bastante similar à operação de subsunção de um caso à norma. O precedente funciona como limitador da liberdade decisória, da margem de escolha, do tomador de decisão. Ele expressa um compromisso institucional com determinada interpretação do direito e apenas os resultados conformes ao precedente tendem a ser considerados aceitáveis pelas instâncias superiores. O sistema jurídico funciona em camadas para gerar consistência e coerência. As instâncias inferiores possuem liberdade decisória, mas devem respeitar as fontes obrigatórias do direito, como o precedente. As instâncias superiores devem observar e garantir a coerência e consistência do sistema e, quando necessário, corrigirem eventuais desvios nas decisões das instâncias inferiores. Quando a correção é necessária, seus fundamentos são expostos e essas razões retroalimentam as instâncias inferiores ao se incorporarem às fontes obrigatórias do direito (SCHAUER, 2009).

O grau de influência do precedente não deve depender do compromisso pessoal do tomador de decisão com seu resultado. A característica que é periférica na decisão judicial torna-se central no precedente. Qualquer intérprete que esteja no âmbito de atuação do precedente (ou seja, vinculado hierarquicamente à instituição compromissada) está sujeito ao maior grau de influência (SCHAUER, 2009, p. 57).

O que há de diferente na doutrina do precedente é a possibilidade de mitigar a característica sistêmica mais importante de uma decisão judicial. Quando há um precedente, as decisões não podem ser interpretações *particulares* das fontes do direito. Elas devem ser resultado da interpretação *institucional*, para a qual o decisor deve assumir um ônus quando interpreta de maneira diversa ou chega a resultados distintos por discordar daquilo que a fonte do direito (nesse caso, o precedente) exige ou permite.

Porém, a doutrina do precedente confere isso a quem e em que casos? A resposta mais precisa parece ser as instâncias superiores⁶, nos casos em que o estabelecimento de uma regra de direito (*legal rule*) se faz necessária para orientar a jurisdição na resolução de casos semelhantes identificáveis, a partir dos aspectos relevantes da decisão que estabelece a regra de direito⁷. Em contraponto, apesar de todas as críticas que podem ser feitas, decisões que não possuem pretensão de universalidade não podem ser citadas como verdadeiros precedentes (SCHAUER, 2009, p. 77).

Portanto, apenas ser persuadido pelo raciocínio de um tribunal em um caso anterior, cronologicamente precedente, não caracteriza uma forma de raciocínio por *precedente* (SCHAUER, 2009, p. 38).

Na prática dos tribunais, o efeito do precedente, enquanto posição institucional oficial, parece ser o de guiar o raciocínio jurídico a partir do estabelecimento de relações de precedência entre as diversas manifestações normativas. Em regra, existe a precedência do posicionamento superior sobre o inferior, assim como existe a precedência do posicionamento anterior sobre o posterior.

Isso estabelece uma estrutura fundamental para a orientação e expectativa dos envolvidos, à semelhança do que acontece com as leis. Por um lado, espera-se que as instâncias inferiores não confrontem os precedentes (interpretações) das instâncias superiores, decidindo a partir de uma visão setorial, que pode ter implicações sistêmicas; de outro, espera-se que as instâncias superiores garantam a coerência e consistência do sistema jurídico, não se contradizendo ao decidir ou revisar uma decisão sem observar os precedentes aplicáveis⁸.

⁶ Na tradição da *common law*, existe também a ideia de precedente horizontal. Esse tipo de precedente indica que um tribunal estabeleceu uma auto-restrição à sua liberdade decisória. São as “instâncias superiores” desses órgãos judiciais, por reunirem os representantes da instituição, que podem exercer essa prerrogativa de estabelecer precedentes (SCHAUER, 2009).

⁷ A oficialidade é um requisito importante na tradição da *common law*. Os tribunais podem não optar por vedar a citação de uma decisão – o que tem sido em muito combatido e com isso minimizado –, mas podem também não dar publicidade à decisão, impossibilitando-a de funcionar como um precedente. A condição de precedente depende de um ato do tribunal que não é simplesmente o equivalente ao ato de publicar a decisão no diário de justiça. Por isso, afirma-se que todo precedente é uma decisão judicial, embora nem toda decisão judicial possa ser considerada um precedente (WALD, 1995).

⁸ Para um aprofundamento da distinção entre precedentes e analogias, veja os exemplos dados em Schauer (2009, p. 88-91).

3 PRECEDENTES EM AÇÃO?

Nesse momento, pretende-se identificar o que os tomadores de decisão perceberam como precedente em um conjunto de casos. Com a reforma do Código de Processo Civil (NCPC), o sentimento geral é o de que “vivemos um momento em que o processo civil conversa com o velho sistema romano, mas dialoga com o sistema de precedentes” (POMBO, 2016); embora para não seja raro que outros entendam que “precedentes existem para todos os gostos” (BRASIL, 2016j).

Ao ampliar o escopo da ação de Reclamação, o NCPC pretendeu induzir a criação de uma cultura de respeito a precedentes judiciais obrigatórios (PERRONE, 2015). A Reclamação nº 30.193/SP (BRASIL, 2016c) foi a primeira ajuizada sob a égide do novo código, em 04/03/2016. Nela, o Reclamante contestava a decisão do juízo de execução penal do TJ/SP (SÃO PAULO, 2016). Em 22/02/2016, cinco dias após a transmissão da sessão plenária do STF que sinalizou a *mudança jurisprudencial* (HC 126.292/SP), o juiz de São Paulo determinou a execução provisória da pena⁹, supostamente, em desrespeito à decisão do STJ no HC 308.788/SP, de 01/09/2015 (BRASIL, 2015).

3.1 SOBRE A PERCEPÇÃO DO RELATOR ACERCA DO POSICIONAMENTO DA CORTE

A relatoria da Reclamação coube ao Min. Reynaldo Soares da Fonseca, da Terceira Seção do STJ, que destacou os seguintes argumentos levantados pela defesa: a decisão de São Paulo (2016) descumpriu acórdão proferido pela 3ª Seção da Corte, no HC n. 308.788/SP, ao determinar a expedição de novo mandado para prisão com base no recente precedente do STF (BRASIL, 2016i). Ademais, a decisão paulista se deu antes da publicação oficial da decisão pelo STF, o que tornaria o precedente inaplicável.

O Relator discordou de ambos os argumentos. Para ele, a falta da publicação oficial não é razão suficiente para obstar a repercussão da decisão da Corte Constitucional; e, três meses após o julgamento do STF, o STJ já havia acolhido o entendimento da Suprema Corte em julgados próprios, de maneira que o precedente permitindo a execução provisória já não

⁹ Parece estranho que o caso sob análise orbite a esfera processual penal quando a mudança que fundamenta a hipótese de trabalho está ligada à esfera do processo civil, mas essa estranheza pode ser superada sem maiores controvérsias pelo fato de que existem diversos pontos de convergência entre os dois processos e a interpretação extensiva e aplicação analógica de regras do processo civil é permitida pelo art. 3º do Código de Processo Penal (CPP) à semelhança do que acontece no processo do trabalho, por exemplo (BRASIL, 1941).

era, portanto, apenas do STF, mas também do próprio STJ. O juízo do Relator acompanhou a manifestação do representante do Ministério Público Federal (MPF), que opinara pela improcedência da ação. Ainda segundo o Relator, o STJ não poderia desconsiderar o *entendimento adotado* pela Corte constitucional, ainda que soubesse que a decisão colegiada não era dotada de efeito vinculante (BRASIL, 2016c).

Essa afirmação chama a atenção à medida que parece estar mal explicada. Porque não é possível desconsiderar um entendimento que, reconhecidamente, não tem efeito vinculante? Por que o nível hierárquico do tomador de decisão não permite ou recomenda? Por que o relator, pessoalmente, não pode desconsiderar uma decisão superior que não esteja conforme suas convicções? O tipo de decisão, se em declaração de inconstitucionalidade, repercussão geral ou competência originária, por exemplo, ou a presença de um raciocínio prospectivo, não seriam os fatores necessários à justificação de uma afirmação? Qual seria o significado preciso de *entendimento*, nesse contexto?

A existência de um processo a partir do qual um argumento (entendimento) é institucionalizado gradual e progressivamente no sistema jurídico é uma constatação empírica. Argumentos são menos contestados à medida que se confirmam e repetem ao longo de uma cadeia de autoridade. Aproveitar a oportunidade de verificar esse processo na prática parece relevante para entender o resultado alcançado pelo STJ na Ação de Reclamação referida.

3.1.1 A manifestação pioneira: Embargos de Declaração no REsp n. 1.484.415/DF

O primeiro processo decisório aconteceu na Sexta Turma¹⁰ do STJ, os Embargos de Declaração (EDcl) no REsp n° 1.484.415/DF. Esse foi o primeiro caso em que houve repercussão do HC n° 126.292/SP, do STF. O representante do MPF desejava a baixa dos autos à primeira instância para a execução da pena, uma vez que

(...) [o] Supremo Tribunal Federal *decidiu por maioria* de votos, ao julgar o HC 126.292, *cujo acórdão ainda não foi publicado, que a execução provisória da pena não fere o princípio constitucional da presunção de inocência* quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário. O precedente aplica-se, *com mais razão neste caso, após o julgamento do recurso especial* (BRASIL, 2016d). (grifo nosso)

¹⁰ Nas Turmas, são julgados os recursos especiais sem caráter repetitivo, *habeas corpus* criminais, recursos em *habeas corpus*, recursos em mandado de segurança, entre outros tipos de processo (BRASIL, 2017a).

O Embargante por sua vez postulou que: (i) a decisão da Suprema Corte não alterou a validade do art. 283 do CPP e a execução da pena só poderia acontecer após o trânsito em julgado da sentença; e (ii) a decisão invocada pelo representante do Ministério Público não havia sido publicada no Diário de Justiça Eletrônico, logo, estaria impossibilitada de produzir efeitos no mundo jurídico, servindo apenas como substrato para discussão acadêmica (BRASIL, 2016d).

O relator desse caso, Min. Rogério Schietti Cruz, não viu nenhum óbice na utilização da decisão oficiosa do STF pelo representante do MPF. Como já exposto, o Relator da Reclamação externou a mesma opinião quanto ao requisito da oficialidade da decisão para a produção de seus efeitos. Para ele, com a transmissão da sessão plenária, estavam claros os “contornos do novo posicionamento da Suprema Corte” (BRASIL, 2016d),

[...] [a]o que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, [...], sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky [...], para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade.

[...]

Deveras, [...], *como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de ‘desarrumação’ do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.*

[...]

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos,

[...]

A esse respeito, aliás, devo certificar minha singela opinião (Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71) de que a necessária correção [...], *demandaria, entre outras providências, uma nova redação do princípio da presunção de não culpabilidade.*

[...]

Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional, [...].

Por tudo que foi exposto até aqui – e *ênfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos* a serem submetidos ao Poder Judiciário – *não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário.* (BRASIL, 2016d) (grifo nosso)

A conclusão do Relator foi que a possibilidade da execução provisória não se fundamenta em uma regra instituída pelo STF para a aplicação em casos similares ou nas razões apresentadas pelo STF para tanto. Na verdade, ela se baseou na comunhão de opiniões. O relator concordava que o STF deveria assumir um papel decisivo na *rearrumação*¹¹ do sistema punitivo frente a inércia do Poder Legislativo. O relator acredita, pessoalmente, como evidencia sua obra citada, na necessidade de reescrever (reinterpretar) o princípio de presunção de inocência. O Ministro usou a decisão do STF, por acreditar que qualquer leitor veria a sabedoria de sua conclusão, a partir desses termos.

A decisão da Seção nesse caso não foi unânime. Os votos vencidos da Min. Maria Thereza de Assis Moura e do Min. Sebastião Reis Júnior, tinham como principal preocupação o fato de a decisão ainda ser obscura no próprio STF. Havia incerteza quanto às razões dos votos, quanto à possível modulação dos efeitos da decisão, e quanto à parte prática da decisão (BRASIL, 2016d). Em seu voto, a Ministra fez as seguintes considerações:

Duas coisas têm me causado desassossego, que são as seguintes: primeiro, o acórdão da Suprema Corte não está publicado. Então, temos a notícia do voto, assistimos pela televisão que foi julgado, mas não temos um acórdão formalizado. [...] Então, confesso que me sinto assim, com uma inquietude muito grande, em simplesmente já mandar prender, sem um acórdão publicado, sem saber se o Supremo Tribunal Federal vai modular, sem que a própria Suprema Corte também esteja já certa de como as coisas vão se dar: se manda para o primeiro grau, se é o Juiz que vai ver, ou se o assunto deve ser deliberado diretamente no tribunal. [...] É nessa linha que considero um pouco prematuro simplesmente mandar cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal sem sequer haver acórdão publicado (BRASIL, 2016d). (grifo nosso)

Apesar das preocupações, o acórdão da Sexta Turma, datado de 03/03/2016, rejeitou, por unanimidade, os embargos de declaração e acolheu, por maioria, o pedido do representante do MPF (BRASIL, 2016d).

3.1.2 Aparando as arestas: a Questão de Ordem na Ação Penal nº. 675/GO

O segundo caso relevante para o resultado da Reclamação foi a Questão de Ordem (QO) na Ação Penal nº 675/GO (BRASIL, 2016a).

¹¹ Esse termo usado pelo Min. em seu voto (BRASIL, 2016d, p. 22) é uma referência ao voto do Min. Luís Roberto Barroso do STF, que teria assumido que a Suprema Corte avocou um papel decisivo no ajuste do sistema punitivo.

Ao julgá-la, no dia 06/04/2016, a Corte Especial¹² do STJ decidiu pela expedição do mandado de prisão, por entender que o exaurimento da cognição de matéria fática determina a autorização para a execução provisória da pena (BRASIL, 2016a).

A cronologia das decisões do STJ e do STF parece importante na tentativa de compreender o que serviria como precedente na visão dos ministros. Em abril de 2016, a Min. Rel. Nancy Andrigui invocou a decisão do STF, que somente viria a ser publicada em 17 de maio daquele ano, sem fazer nenhum tipo de ressalva, como fizera, por exemplo, o Min. Relator dos EDcl no REsp n. 1484415/DF (BRASIL, 2016d). Isso é uma evidência da naturalização da execução provisória, ou seja, a percepção de que essa execução é a regra e não exceção justificada pelas circunstâncias do caso?

A questão de ordem suscitada pelo Min. Luís Felipe Salomão tinha como base a manifestação do representante do MPF. Ele entendeu não haver fato concreto que justificasse, à luz do art. 312 do CPP, a restrição de liberdade do réu até o trânsito em julgado da sentença. O réu tinha foro privilegiado e havia sido condenado pela Corte Especial do STJ em primeira instância (BRASIL, 2016a). Portanto, o caso era significativamente diferente daqueles enfrentados pelo STF, no *habeas corpus*, e pelo STJ, nos embargos de declaração.

Todavia, ao expor seu voto, a Relatora defendeu que, em uma “mudança vertiginosa de paradigma, o STF, como é público, mudou sua orientação para permitir, sob o *status* de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão após exaurido duplo grau de jurisdição” (BRASIL, 2016a). Qual a semelhança entre o HC 126.292/SP do STF e a Questão de Ordem na Ação Penal nº 675/GO do STJ?

Para dissentir da Relatora, o Min. João Otávio de Noronha argumentou que deixar de determinar o imediato cumprimento da pena não implicaria divergir do entendimento do STF. Para ele, o prazo razoável do processo deveria servir de *standard*, a indicar quando se faz necessária a adoção de medidas como a execução provisória da pena. Ele defendeu a prudência na aplicação da decisão do STF, para que seja factível tomar a “melhor decisão possível” (BRASIL, 2016a).

Sob o jugo de um precedente, o decisor é compelido a afastar-se desse paradigma e aceitar a possibilidade de produção de resultados abaixo do ideal, o que pode ser entendido como consequência geral da aplicação de qualquer tipo de regra.

¹² A Corte Especial é composta pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal e julga as ações penais contra governadores e outras autoridades. É também responsável por decidir recursos quando há interpretação divergente entre os órgãos especializados do Tribunal (BRASIL, 2017a).

O voto-vogal do Min. Raul Araújo acompanhou a dissidência, mas o fez por caminho diverso. Ele mostrou apego a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Ao confrontar as competências constitucionais do STF e STJ, previstas nos artigos 102 e 105 da Constituição, ele concluiu inexistir previsão de competência do STJ para a “execução de sentença nas causas de sua competência originária” (BRASIL, 2016a). O que indicaria não uma omissão do constituinte, mas antes “um claro aceno para a necessidade de confirmação de uma decisão condenatória, especialmente na instância criminal” (BRASIL, 2016a).

Em voto-vista, a Min. Laurita Vaz defendeu o imediato cumprimento da pena. Seus argumentos foram os de que: o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP foi um “divisor de águas no que diz respeito à efetivação da *jus puniendi* do Estado em matéria penal” (BRASIL, 2016a), concluir que, “após o exaurimento das instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fático-probatória, perde força o princípio da não culpabilidade” (BRASIL, 2016a), na medida em que os recursos possíveis não possuem efeito suspensivo. Assim, não haveria

[...] *maiores dificuldades em usar exatamente o mesmo raciocínio* aos julgamentos prolatados pelos Tribunais, Estaduais, Regionais ou mesmo Superiores, *no exercício da sua competência constitucional nas ações penais originárias* – por prerrogativa de foro; [...] (BRASIL, 2016a). (grifo nosso)

Ainda mais considerando que:

[...] a Sexta Turma desta Corte, ao julgar os embargos de declaração opostos no REsp 1.484.415/DF determinou a expedição de mandado de prisão contra o recorrido e o encaminhamento de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, juiz da condenação, para que, por delegação, expeça a guia de recolhimento provisório ao Juízo da Vara da Execução Criminal, vencidos, nesse ponto, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (BRASIL, 2016a).

Importante destacar que o determinado pelo STJ nos embargos de declaração era substancialmente diferente do que pretendia a Ministra em seu voto-vista. Naquela oportunidade, o STJ havia atuado em segunda instância, após condenação pelo colegiado do Tribunal de Justiça Estadual, em função do foro privilegiado do réu. Como resultado, o acórdão da questão de ordem assentou que “com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP [...] o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena” (BRASIL, 2016a).

3.1.3 Fechando a questão: O *Habeas Corpus* n. 352.845/SP

Quando o HC n. 352.845/SP foi decidido pela Sexta Turma no final de abril de 2016, a execução provisória da pena já era percebida internamente como uma regra. A manifestação da Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura deixou isso aparente. Em seu voto, ela decidiu conforme aquilo que compreendeu ser um precedente, a saber, as decisões influentes nos EDcl no REsp n° 1.484.415/DF e na QO na Ação Penal n° 675/GO, apesar de estar intimamente convicta de que essa regra judicial firmada não era a *melhor* regra para o caso (BRASIL, 2016b).

Em seu voto, ela aduziu que, o entendimento do Pleno do STF foi tomado num caso concreto, sem repercussão geral reconhecida, não possuindo, portanto, efeitos *erga omnes* ou eficácia vinculante. Também ressaltou a perigo de uma prematura adequação ao novo entendimento, sem que se tenha tido a oportunidade de examinar a fundo os argumentos lá adotados, dada a inexistência de publicação do acórdão (BRASIL, 2016b). As posições manifestadas pelo STJ, nos EDcl no REsp n.º 1.484.415/DF (Sexta Turma) e na QO na Ação Penal n.º 675 (Corte Especial), conduziriam, forçosamente, a acompanhar “a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça” (BRASIL, 2016b).

Sua conclusão pela possibilidade de execução provisória da pena foi construída como necessária diante do cenário que estava posto. O destaque para sua ressalva de foro íntimo dizia respeito à posição vencida, tanto na Turma quanto na Corte Especial, nos dois casos que antecederam o HC n. 352.845/SP: os embargos de declaração e a questão de ordem. Após essa decisão negando o *habeas corpus* e permitindo a execução provisória da pena, foram decididos nas mesmas bases e por sua influência: o HC 343.001/SP, de 24/05/2016 (BRASIL, 2016h); os HC 362.603/SP (BRASIL, 2016e) e 355.918/SP (BRASIL, 2016f), de 09/08/2016; e o HC 370.722/RS, de 09/10/2016 (BRASIL, 2016g).

3.2 SOBRE A FORMAÇÃO DO SENTIMENTO DE UNANIMIDADE NA TURMA

A questão na Reclamação era daquelas tratadas nos precedentes (ou decisões influentes?) e estaria centrada no *problema do trânsito em julgado*¹³, segundo o Min. Ribeiro

¹³ Esse problema foi enfrentado pelo STF, posteriormente, nas ADC 43 e 44, em que foi afirmada a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a interpretação dada pela Corte (BRASIL, 2016k).

Dantas (BRASIL, 2016c). Para ele, a interpretação originária, aquela feita logo após a promulgação da Constituição de 1988, foi uma interpretação compatível com a realizada pelo STF em 2016. Na opinião do Ministro, o STF mudou de posição em 2009, quando passou a dar interpretação literal ao enunciado¹⁴ da presunção de inocência ou não culpabilidade. O Min. Nefi Cordeiro apresentou voto em separado, enfatizando que:

[...] realmente aqui não temos como imaginar descumprimento de decisão [do STJ, o HC 308.788/SP] [...]. De todo modo, já antecipando, já que os Colegas comentaram, *embora a minha posição teórica fosse a mesma trazida pela defesa, é uma questão de segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal já resolveu a questão e cabe a esta Corte seguir a interpretação* já que, ao fim, o que tínhamos em discussão era a presunção de inocência, matéria constitucional (BRASIL, 2016c). (grifo nosso)

Essa manifestação do Ministro, assim como a da Min. Maria Thereza de Assis Moura, no HC n. 352.845/SP, explicita uma forma de raciocínio que se aproxima daquela por precedentes. E isso porque um dos aspectos relevantes do precedente é sua capacidade de constranger o decisor quanto ao resultado que ele pode (ou deve) alcançar. Ambos deixaram de perseguir o que percebiam como o *melhor* resultado, o *mais justo*, para decidir conforme o posicionamento institucional.

O último a votar em separado foi o Min. Rogerio Schietti Cruz, relator dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF:

Não creio que seja o caso de revisitarmos todos os argumentos colocados na discussão do HC n. 126.292. *Todos nós temos alguma posição a respeito, temos particulares motivos para concordar ou não com o que ali se decidiu, mas há de se considerar que é a interpretação que foi dada pela Suprema Corte deste País* (BRASIL, 2016c). (grifo nosso)

Com esses argumentos, o Ministro pareceu ver na decisão do STF uma regra, segundo a qual todo condenado em segunda instância deve ter a pena executada. Portanto, qualquer distinção entre os casos, ou estaria prevista nesta regra, ou não seria relevante para influenciar o resultado. De qualquer maneira, quando destacadas as principais passagens dos EDcl no REsp nº 1.484.415/DF, da QO na Ação Penal nº 675 e do Habeas Corpus nº 352.845/SP; sejam eles denominados de *precedentes* ou *decisões influentes*, conclui-se pela presença de significativas diferenças entre eles.

¹⁴ O enunciado é o resumo do entendimento vigente em um tribunal sobre uma tese jurídica discutida e serve de referência para outros julgamentos sobre a mesma matéria. No STJ, está consagrado o uso dos termos enunciado e verbete em substituição à palavra súmula (BRASIL, 2017b).

Nos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF:

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que *o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena [...]*. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte decidiu que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). [...].

7. *Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena* (BRASIL, 2016d). (grifo nosso)

Disso resulta que a execução seria possível após a decisão do recurso extraordinário (RE) impetrado, uma vez que haveria a excepcional possibilidade de o tomador de decisão atribuir efeito suspensivo a esse tipo de recurso. Esse incidente ainda não havia levantado a questão infra legal do trânsito em julgado para a execução penal, exigência do art. 283, CPP (BRASIL, 1941). Essa questão específica foi analisada e decidida pelo STF, quando do julgamento das Ações de Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n. 43 e 44.

Na QO na Ação Penal nº 675, o STJ extrapolou a posição inicial do EDcl, ao estabelecer que “é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo” (BRASIL, 2016a). O aspecto relevante deixou de ser a decisão da instância superior acerca do efeito do recurso extraordinário, se suspensivo ou não, para ser o simples exaurimento da cognição de matéria fática. A supressão da manifestação acerca do efeito do recebimento pelo tribunal superior tornou a execução provisória da pena a *regra, e não mais uma possibilidade*.

Embora a decisão do STF fosse o precedente reiteradamente invocado, as razões de sua decisão não serviram ou foram percebida como limites para sua aplicação como regra; assim como as razões expostas pelo próprio STJ nos seus sucessivos acórdãos parecem não ter servido de limite¹⁵. Seria necessária a condenação em segunda instância ou apenas o esgotamento da matéria fático-probatória? Necessária a confirmação do RE sem efeito suspensivo ou a manifesta manobra processual para protelar a execução penal?

¹⁵ Portanto, evidencia-se que os casos relatados identificados como decisões influentes possuem características particulares, que rechaçam ou desaconselham o uso indiscriminado do termo precedente, permitindo a defesa, justificada, de uma distinção conceitual forte entre os dois tipos de decisão.

Resta evidente que a opinião dos ministros, mais do que bases lógicas para a aplicação da execução provisória, foi o fator determinante para a construção do *entendimento pacificado*¹⁶ do STJ. Esse entendimento ficou explícito no terceiro acórdão (que consegue promover o efeito de um precedente), em que a Sexta Turma denegou de forma unânime um *habeas corpus*:

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora. (BRASIL, 2016b)

Destaque-se que nenhum dos três acórdãos fez menção aos julgados do STJ que formaram esse entendimento pacificado. Em todas as decisões, o *precedente* do STF foi invocado na forma de um enunciado. E, talvez por esta razão, o *entendimento pacificado* (que consegue produzir o mesmo efeito de um precedente) tenha operado descolado de qualquer circunstância ou peculiaridade que pudesse lhe servir como limite de aplicação. Foi assim que, por unanimidade, ao decidir sobre a Reclamação, a Terceira Seção da Corte entendeu que:

1. Não [existiu] descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em Habeas Corpus, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuará uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu [...].
2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão cautelar. [...].
3. Ao apreciar o Habeas Corpus n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que

¹⁶ Importante destacar que, historicamente, a jurisprudência não pretende identificar regras que tendam a ser invariáveis como pretendem ser os precedentes; em vez disso, o direito jurisprudencial ou sumular sempre se contentou em detectar “verdades relativas” (verossimilhanças), continuamente sujeitas à testagem, atualização e reflexão, sempre em função de uma *mudança da realidade* (MECCARELLI, 2016, p. 51). Assim, a jurisprudência (o produto desse processo, os enunciados produzidos pelos tribunais) funcionam como pontos de síntese (opiniões) que não são capazes de restringir o surgimento de outros pontos de síntese, ao contrário, essa operação de produção de opiniões (o sistema jurisprudencial ou sumular) parece incentivar, ao servir como ponto de partida, novos processos de síntese que visam adequar o direito às *diferentes realidades*.

assentaram a culpa do condenado, *o que autoriza o início da execução da pena* (BRASIL, 2016c). (grifo nosso)

Parece evidente a preferência pelo apelo à autoridade na justificação da decisão. A hierarquia das normas, que pressupõe a atribuição de uma vinculação forte aos enunciados abstratos, parece ser um obstáculo para se falar em um sistema de precedentes no Brasil. Não obstante, é possível observar que os *entendimentos pacificados podem emular o efeito de um precedente*, mitigando a liberdade decisória do tomador de decisão, o que é paradoxal à medida que qualquer regra dá margem à interpretação.

Apesar disso, parece útil manter uma distinção forte entre *decisões influentes*, aquelas que tendem a gerar entendimentos pacificados, e precedentes, principalmente, porque os entendimentos pacificados não decorrem, necessariamente, das razões para decidir explicitadas nos votos. Eles podem ser alcançados através de acordos entre os intérpretes ou com fundamento na autoridade. Nesses casos, as circunstâncias fáticas não têm nenhum, ou quase nenhum, papel a desempenhar e esse é um desvio relevante em relação à doutrina do precedente.

As circunstâncias fáticas operacionalizam o raciocínio jurídico e são centrais para a estabilização do direito. Contudo, o modelo brasileiro centra-se nos decisores/julgadores, de maneira que eles, e não suas decisões, são determinantes para o resultado, e a cada novo arranjo de decisores possibilita novos entendimentos. Toda pacificação de entendimento jurisprudencial tende a ser conjuntural e transitória.

4 CONCLUSÃO

Na Terceira Seção do STJ, pela análise do conjunto de casos que trataram da execução provisória da pena privativa de liberdade após a mudança da jurisprudência do STF, é possível afirmar que os ministros se mostraram mais preocupados com a conformidade de suas decisões frente ao entendimento pacificado nas seções e turmas, do que com as consequências sistêmicas do que ficou decidido. Mais intensa do que a pretensão de fazer justiça “olhando para trás” (no sentido de ser consistente com o conjunto de decisões que estabelecem a moldura do direito para o caso), foi a preocupação em mostrar a coesão interna e a adequação do decidido ao que foi pressuposto pelo STJ como visão da autoridade (do STF). Nesse sentido, muitos votos externaram e reiteraram que o STF já havia se manifestado acerca da possibilidade de execução provisória da pena, mas o entendimento de que essa

execução deve ser promovida para ajustar o sistema penal brasileiro não estava, e ainda não está, pacificada no STF.

O efeito prospectivo de uma decisão que gera um enunciado descolado de seu contexto fático, o *precedente*, é um problema. Os quatro casos estudados eram significativamente diferentes e todos tiveram como fundamento o enunciado do STF, que afirmava que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Em nenhum momento, os limites impostos pelas suas razões do STF para formular tal enunciado foram considerados. Entretanto, um enunciado, considerado em si mesmo, não induz nem deduz, orienta muito pouco e representa apenas uma *opinião*. Afere-se que os colegiados dos tribunais têm trabalhado a partir de *opiniões*. Consequentemente, revela-se paradoxal o desejo de promover segurança jurídica através de enunciados que permitem interpretações distintas, quando não diametralmente opostas, como demonstram a confrontação dos casos analisados. Alguns juristas entendem que o enunciado do STF *permite* a execução provisória, outros entendem que o mesmo enunciado a determina.

Qualquer afirmação forte no sentido de que o NCPC estabeleceu um sistema de precedentes merece considerações cuidadosas. A pretensão de introduzir uma novidade pressupõe, necessariamente, que haja uma diferença significativa entre o novo (o sistema de precedentes) e o antigo (o sistema jurisprudencial), o que não parece ser o caso. Ao apresentar semelhanças e destacar diferenças entre aquilo que poderia ser chamado, na tradição do *common law*, de uma *decisão judicial influente* e de um genuíno *precedente*, parece ter ficado evidente que muito daquilo que se entende hoje como “precedente” precisa ser, de algum modo, distinguido quanto à função que exerce no raciocínio jurídico decisório e o peso que possui na argumentação do julgador, quando comparado ao direito jurisprudencial ou sumular. Que diferença relevante um sistema de precedentes poderia introduzir para dar concretude ao direito?

Parece *útil* pensar o precedente não como a imposição de uma única forma ou da forma correta de decidir um grande número de casos. Faticamente, os casos serão invariavelmente diferentes. Pensar o precedente como uma forma de, a partir da observação e controle das decisões judiciais pelas instâncias superiores, estabelecer intervalos de liberdade decisória capazes de instrumentalizar as instâncias inferiores na missão de promover a “igualdade entre os diferentes” parece promissor. O conjunto de casos estudados permite distinguir dois contextos fáticos que poderiam (ou deveriam) estabelecer precedentes distintos. Um primeiro contexto, em que, ao se identificar a manifesta protelação da execução

da pena através de manobras processuais, deve-se executar provisoriamente a pena; e, um segundo contexto, em que, exaurida a cognição da matéria fático-probatória em ações penais cuja segunda instância é ficta, como nos casos de competência originária, deve-se executar provisoriamente a pena somente após a confirmação do recebimento do recurso extraordinário sem efeito suspensivo.

É por isso que se defende que pensar o sistema de precedentes como algo novo dentro do ordenamento jurídico deve pressupor o estabelecimento de uma diferença relevante, e não necessariamente excludente, entre seus produtos e operações e aqueles desenvolvidos dentro de um (já bastante conhecido) sistema jurisprudencial, porque a não distinção implica em apenas rotular uma antiga prática, a que se deu novos contornos mais autoritários, como nova. O deslocamento da questão *o que é um sistema de precedentes?* para *como é possível operar um sistema de precedentes que incremente a segurança jurídica e a justiça do caso concreto?* parece ser fecunda para a reflexão de um problema que se coloca no limite entre a teoria e a prática.

O desenvolvimento do direito a partir de precedentes poderia cumprir seu duplo papel de realizar abstrações tendentes a dominar a resistência contínua da diversidade material (através das diferentes igualdades que o precedente proporciona ao condicionar a estrutura do raciocínio ou introduzir diferenciações nessas abstrações) sem, por outro lado, deixar de reconhecer que a resistência material que emerge do caso concreto é legítima. Porém, isso implica entender a complementariedade do processo dinâmico dos precedentes, frente ao processo estático de *densificação de normas* através da produção de enunciados como súmulas, teses e orientações jurisprudenciais. Exige-se, ainda, entender como essa complementariedade somente se efetiva, dando coerência ao sistema, a partir de uma prática de controle das decisões judiciais que permita a superação da simples opinião, e a adesão fundamentada a razões para decidir.

Como lição aprendida, destaca-se a força que os enunciados têm em todas as instâncias. Enunciados podem produzir o principal efeito de um precedente: limitar o tomador de decisão, a partir de um posicionamento institucional oficial que prevaleça frente às íntimas convicções. A ressalva, no entanto, está na impossibilidade de controlar seu uso. Enunciados podem incentivar o raciocínio fundado em brevidades e transformar o precedente em opinião, o que prejudica a indução ou dedução daquilo que se poderia considerar como a característica relevante para a identificar os casos semelhantes, que constituem a área de atuação do precedente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas. *Habeas Corpus n° 308.788/SP*. Impte.: Marcelo Feller e outro. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 1 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402939039&dt_publicacao=08/09/2015>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *QO na Ação Penal n° 675/GO*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016 (2016a). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700943919&dt_publicacao=26/04/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus n° 352.845/SP*. Impte.: Guilherme Forlevize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016 (2016b). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600883530&dt_publicacao=03/05/2016>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação n° 30.193/SP*. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016 (2016c). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600629027&dt_publicacao=16/06/2016>. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n° 1.484.415/DF*. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016 (2016d). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402472885&dt_publicacao=14/04/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus n° 362.603/SP*. Impte.: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016 (2016e). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601832187&dt_publicacao=23/08/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

PRECEDENTES EM AÇÃO? A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O QUE ESSE CASO ENSINA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus n° 355.918/SP*. Impte.: Ricardo Martins. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016 (2016f). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601213032&dt_publicacao=26/08/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus n° 370.722/RS*. Impte.: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 04 de outubro de 2016 (2016g). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602390758&dt_publicacao=17/10/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus n° 355.918/SP*. Impte.: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 24 de maio de 2016 (2016h). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503022000&dt_publicacao=10/06/2016>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Institucional*. Brasília/DF. 2017 (2017a). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Composi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Publicações Institucionais*. Brasília/DF. 2017 (2017b). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Manual/article/view/1016/950>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus n° 126.292/SP*. Pcte.: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n° 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Teori Zavascki. Distrito Federal, 17 de fevereiro de 2016 (2016i). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 33.864/DF*. Impte.: Claudia Cristina Sobral. Impto.: Ministro de Estado da Justiça. Rel.: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 4 de abril de 2016 (2016j). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=33864&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Brasília/DF. 2016 (2016k). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Composi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 19 ago. 2018.

PRECEDENTES EM AÇÃO? A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O QUE ESSE CASO ENSINA

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MECCARELLI, Massimo. The legal system and the autonomy of the law: a perspective from legal history. *Право и управление. XXI век*, n. 4, p. 49-54, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PERRONE, Patrícia. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil. *Universitas Jus*, v. 26, n. 2, 2015.

POMBO, Bárbara. Sistema de precedentes do novo CPC impõe primeiro desafio ao STJ. *JOTA*, Brasília, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio-ao-stj-05102016>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Penal de Competência do Júri Apelação Criminal. *Despacho da 5ª Vara do Júri*, São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009.

SHECAIRA, Fábio. *Legal scholarship as a source of law*. Springer International Publishing, 2013.

WALD, Patricia M. The rhetoric of results and the results of rhetoric: Judicial writings. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 4, p. 1371-1419, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: um paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, p. 263-274, 2016.

WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, p. 407-424, 2016.