

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O STF E A ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

VICTOR GRANDE MARTINEZ

**Rio de Janeiro
2020 / 2º SEMESTRE**

VICTOR GRANDE MARTINEZ

O STF E A ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabio Perin Shecaira**.

Rio de Janeiro
2020 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

M385s Martinez, Victor Grande
 O STF e a Argumentação Substantiva na aplicação
 dos Precedentes / Victor Grande Martinez. -- Rio de
 Janeiro, 2020.
 62 f.

 Orientador: Fábio Perin Shecaira.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

 1. Argumentação Jurídica. 2. Argumentação
 Substantiva. 3. Argumentação Institucional. 4.
 Precedente. I. Shecaira, Fábio Perin, orient. II.
 Título.

VICTOR GRANDE MARTINEZ

O STF E A ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: 11/11/2020.

Banca Examinadora:

Fábio Perin Shecaira

Orientador

Franklin Marques Dutra

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020 /2º SEMESTRE

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser o autor de meu destino e ter me proporcionado a possibilidade de ter realizado este trabalho. Agradeço, nessa seara, aos meus Guias e Mentores.

Ao meu pai, Claudio, por ter me orientado e me apoiado em cada escolha. Desde a infância, preocupado com minha educação, o que fora refletido na vida adulta, no momento em que viemos ao Rio, em que me ajudou na matrícula e na escolha de um lugar para ficar. Foi difícil, mas valeu a pena!

À minha mãe, Petula, por cada abraço, cada palavra de conforto e cada cuidado dedicado, cada conselho e auxílio, o que me fizeram muito do que sou hoje.

Aos meus Avós, ao meu padrinho e minha madrinha, pelos momentos felizes e enriquecedores.

Aos meus tios, em especial, ao Altair, que me inspirou a seguir a carreira jurídica, aos meus primos e a toda a minha família.

À minha namorada, Denise, que me apoiou e esteve ao meu lado em todos os momentos, que suportou a distância e me apoiou em cada passo.

Aos meus amigos e irmãos de coração que conheci ao longo dessa jornada, em especial, Emmanuel, Carlos e Franklin.

Ao curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e às pessoas com quem convivi nesse espaço ao longo desses anos.

Ao meu orientador, Fabio Perin Shecaira, por toda a disposição e gentileza em me orientar, bem como pelas brilhantes aulas que me inspiraram à elaboração deste trabalho.

“Every now and then a man's mind is stretched by a new idea or sensation, and never shrinks back to its former dimensions.”

(Oliver Wendell Holmes Sr)

RESUMO

Esta pesquisa busca compreender a utilização da argumentação substantiva – argumentação em que se utiliza razões de cunho político, moral, econômico e social -, na aplicação ou superação de um precedente pelo Supremo Tribunal Federal. Estudou-se o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade - “ADCs” n. os 43, 44 e 54., em que se analisou a possibilidade da execução provisória da pena, com a consequente análise do precedente firmado no ano de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n. ° 126.292/SP. Para a compreensão dos conceitos de argumentação institucional, argumentação substantiva e precedentes, foram utilizados doutrinas, artigos acadêmicos e jurisprudência. Para o estudo das ADCs, foram assistidas as sessões de julgamento do caso analisado, disponíveis na internet.

Palavras-Chaves: Argumentação; Argumentação Substantiva; Argumentação Institucional; Precedente.

ABSTRACT

This paper seeks to understand the use of substantive arguments – a form of argument that uses political, moral, economic and social reasons -, in the application or overruling of a precedent by the Brazilian Supreme Court. the study focused on the judgment of Declaratory Actions for Constitutionality ns. 43, 44 and 54., in which the possibility of provisional execution of the sentence was analyzed, with the consequent analysis of the precedent established in 2016, in the judgment of the Habeas Corpus n. 126.292/SP. For the understanding of the concepts “institutional argument”, “substantive argument” and “precedent”, textbooks, papers and case law were consulted. For the study of the Declaratory Actions of Constitutionality ns. 43, 44 and 54, THE judgment sessions, available on internet, were watched.

Keywords: Argument; Substantive Argument; Institutional Argument; Precedent.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	4
SUMÁRIO.....	5
INTRODUÇÃO.....	6
1. ARGUMENTO INSTITUCIONAL E ARGUMENTO SUBSTANTIVO.....	10
2. PRECEDENTE E ANALOGIA.....	20
3. ESTUDO DO CASO CONCRETO – ADCs n. os 43, 44 e 54.....	29
3.1 Breve resumo do caso.....	29
3.2 Análise do voto do Ministro Relator Marco Aurélio.....	30
3.3 Análise do voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	32
3.4 Análise do voto do Ministro Edson Fachin	34
3.5 Análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso	36
3.6 Análise do voto da Ministra Rosa Weber.....	39
3.7 Análise do voto do Ministro Luiz Fux	42
3.8 Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski	44
3.9 Análise do voto da Ministra Carmen Lúcia.....	47
3.10 Análise do voto do Ministro Gilmar Mendes	48
3.11 Análise do voto do Ministro Celso de Mello.....	50
3.12 Análise do voto do Ministro Dias Tóffoli	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Desde 2013, com a eclosão de diversos movimentos sociais em vários espectros políticos, acirrados debates vêm se consolidando acerca das estruturas que regem a sociedade. Com o recente crescimento de movimentos sociais diametralmente opostos, o Poder Judiciário, responsável pelas resoluções dos conflitos sociais, vem sendo cada vez mais evidenciado e, suas decisões, cada vez mais comentadas pelo povo.

É de suma importância buscar as razões intrínsecas e extrínsecas que levam cada magistrado a tomar a sua decisão, ou seja, tanto as razões que estão postas na decisão, de forma pública, quanto as razões que não estão, as quais, nas experiências de vida de cada magistrado, o influenciaram a decidir de tal forma. A área que mais pode ser útil para a análise das razões extrínsecas é a da argumentação jurídica e teoria da decisão, porquanto, ao contrário da psicologia judicial, a argumentação jurídica não tem acesso ao que se passa na mente dos juízes, mas tão somente ao que eles escrevem nas decisões deles.

Dessa forma, mostra-se sumamente importante uma análise detida dos argumentos utilizados pelos Magistrados. Nessa toada, encontram-se os argumentos institucionais, baseados meramente nas estruturas jurídicas existentes, bem como os argumentos substantivos, baseados em um cunho moral, político ou social.

Uma decisão pode possuir argumentos substantivos. Entretanto, a nossa cultura jurídica não incentiva argumentos puramente substantivos. Ainda assim, a pura análise dos referidos argumentos não se mostra totalmente eficaz para compreender se uma decisão foi tomada institucional ou substantivamente. Frequentemente, as decisões referem-se a precedentes, mas essa noção requer análise em termos da sua relação com a argumentação substantiva e institucional.

O presente trabalho tem como objetivo geral discutir a relação entre a argumentação substantiva e a argumentação judicial na aplicação de um precedente. Portanto, analisar-se-á, na construção de uma base conceitual, as definições atinentes à argumentação jurídica, à argumentação institucional, à argumentação substantiva e ao precedente, propondo responder a seguinte pergunta: Em que medida a eventual aplicação de um precedente judicial no atual

Supremo Tribunal Federal, a corte mais evidente e importante do país, envolve argumentação substantiva?

Argumentar é o ato de apresentar razões em defesa de uma conclusão (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 11). No direito, diversas formas de argumentação podem ser encontradas: de uma argumentação teórica a uma argumentação prática e, dentro deste grupo, tem-se a argumentação institucional e a argumentação substantiva (Ibid. p. 35).

Diferentemente da argumentação institucional, que se preocupa com as regras e procedimentos previamente estabelecidos, a argumentação substantiva apela a razões de natureza moral, política, econômica e social.

Segundo Shecaira e Struchiner, “os profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional”. Ora, se há uma predominância, isso significa que a argumentação desses profissionais não é exclusivamente institucional. Os juízes, por exemplo, frequentemente usam argumentos substantivos, contudo, normalmente o fazem com o objetivo de corroborar argumentos institucionais já formulados (Ibid. p. 40).

Por essas razões, no primeiro capítulo deste trabalho, estudamos as formas de argumentação, traçando-se uma diferenciação entre a argumentação institucional e a argumentação substantiva. No segundo capítulo, como se explica abaixo, serão discutidas as noções de precedente, princípio e analogia.

Uma “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., 2009) é chamada de precedente.

A cultura de precedentes, ainda embrionária no direito brasileiro, possui, para Schauer, duas variações: a primeira, chamada de precedente vertical¹, diz respeito à obediência hierárquica no Poder Judiciário. Os juízes tendem a obedecer às decisões dos tribunais regionais, que tendem a obedecer às decisões dos tribunais superiores e, num sistema

¹ *Vertical precedent*, nas palavras de Schauer.

constitucional do direito, todas as decisões devem estar pautadas nos precedentes da Suprema Corte, guardiã da Constituição. Além desta, há uma outra variação dos precedentes, menos óbvia e mais controversa: o chamado precedente horizontal. Nesta variação, é esperado que o tribunal aplique a mesma *ratio decidendi* em casos similares. Tal cultura também é comumente reconhecida como aceitando o princípio de *stare decisis* (SCHAUER, 2009. p. 37).

Ao tentar definir a natureza de um precedente, Schauer traz a diferença entre “aprender com o passado” e “seguir o passado apenas pelo fato de ser uma decisão do passado”. Para o autor, a cultura do precedente obriga o tribunal a seguir uma decisão anterior mesmo quando concluir que tal foi incorreta. Isso aproxima o precedente da argumentação institucional, explicada anteriormente.

Além disso, Schauer também traz os conceitos de *holding* e *dicta*. *Holding* é, em síntese, a regra ou princípio enunciado pelo juiz para a resolução do caso, ou seja, o conceito se aproxima da *ratio decidendi*. *Dicta* diz respeito a toda regra elaborada pela Corte que não é tida como necessária para a solução da questão (SILVA, 2005, p. 303).

O precedente, portanto, é uma decisão judicial já tomada que gera um entendimento vinculante em relação a casos futuros (DIDIER, 2009, p.381). Difere-se, portanto, do argumento analógico, que é aquele que traz alguns aspectos de um caso anterior, o qual possui algumas semelhanças com o caso a ser julgado. Embora o foco da pesquisa esteja voltado ao precedente, o contraste entre precedente e analogia ajudará a esclarecer a natureza do primeiro.

Por muitas vezes, se questiona se um precedente deve ser “esquecido” em virtude de uma mudança social, prevalecendo a argumentação substantiva como *ratio decidendi*, ou se deve ser mantido, em virtude de uma argumentação institucional sólida.

Schauer faz a diferenciação entre analogias e precedentes, definindo que o argumento analógico é aquele que traz alguns aspectos de um caso anterior, o qual possui alguma similaridade com o caso a ser julgado. É utilizado, portanto, conforme o arbítrio do utilizador, seja do advogado na formulação de um argumento, seja do juiz na formação de sua opinião. O precedente, entretanto, vincula um possível entendimento novo à decisão pretérita, de modo a engessar a evolução do direito.

Nesta toada, Maués (2012) afirma, pelo estudo de três súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que os precedentes não são tratados como regras no direito brasileiro, mas sim como princípios, conforme defende a tese central de Dworkin em “O Modelo de Regras”² Essa afirmação será avaliada ao longo do trabalho, no que diz respeito à jurisprudência recente do STF.

A analogia seria um meio termo do raciocínio interpretativo, pois não exige o desenvolvimento de teorias profundas para ser aplicada ao passo que não é possível raciocinar a partir de um particular em direção a outro sem que se recorra a um mínimo de abstração (MAUÉS, 2012).

Ao final, no terceiro capítulo, com a base teórica acima esboçada, passar-se-á à discussão e análise do caso concreto julgado pelo STF. Foram escolhidos os casos conexos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que julgam a possibilidade da prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado. Os casos conexos possuem ampla relevância política e importância sublime na manutenção da ordem constitucional, pois dará interpretação ao dispositivo da Carta Magna que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O julgamento dessas ADCs, realizado em conjunto, ocorre após diversos casos de prisão ocorridos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Será demonstrado, portanto, como precedentes são aplicados na prática judicial brasileira e, em que medida, são aplicados de forma institucional ou substantiva.

Portanto, veremos como cada forma de argumentação pode ser utilizada em uma eventual decisão judicial.

² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, cap. 2.

1. ARGUMENTO INSTITUCIONAL E ARGUMENTO SUBSTANTIVO

A argumentação institucional, que é a se preocupa com as regras e procedimentos previamente estabelecidos (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016). Dissecando a riquíssima e sucinta afirmação acima, podemos estabelecer uma definição acerca das regras e procedimentos. Para Hart, as regras são divididas entre primárias e secundárias.

As regras primárias, também chamadas de regras de obrigação são aquelas que definem a atitude geral de um grupo social para com seus modos-padrão de comportamento. Ou seja, a norma penal que proíbe matar alguém, ou a norma civil que define que aquele que causar dano a outrem, deve indenizá-lo.

As regras primárias, entretanto, apresentam um problema: necessitam de uma estabilidade social demasiadamente complicada, dado que essas regras não formam um sistema, mas tão somente são aplicadas por um comum aceite, ou seja, são dotadas de incerteza. Além disso, apresentam o que se chama de caráter estático, pois, apenas com o crescimento da sociedade, pode-se mudar a regra estabelecida naquele meio social. Por fim, outro problema das regras primárias é a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm, ou seja, sempre haverá a disputa, o “litígio”, sobre se aquela regra foi ou não violada naquela sociedade. (HART, 2001, pp. 101 a 109)

Podemos ilustrar os três problemas trazidos por Hart em exemplos. Vamos considerar a hipotética existência de um grupo isolado do meio social, que vive basicamente de coleta de alimentos da natureza, chamado de grupo X. O grupo X possui mais ou menos 100 pessoas, que vivem sem contato com outros grupos.

No primeiro exemplo, João, o fundador e reconhecido líder deste grupo, morre sem deixar quaisquer instruções sobre a escolha do próximo líder. João deixou dois filhos: Tício e Mévio. Tício é mais velho, porém, Mévio é mais forte. Geralmente, as disputas neste grupo são resolvidas pela batalha, entretanto, nas famílias, as palavras dos mais velhos são sempre respeitadas. Os mais idosos deste grupo social resolvem, portanto, se juntar para formar um conselho para estabelecer as regras, escolhendo Tício, por ser mais velho. Entretanto, os mais

joventes não concordam com isso, pois não acreditam na autoridade dos mais velhos para assuntos que não são de família e acham que Mévio, por ser mais forte, seria um líder melhor, motivo pelo qual acham que a liderança deveria ser definida em uma batalha. Daí o problema de não haver um sistema de regras, mas tão somente regras esparsas que determinam costumes.

Pois bem, agora imaginemos que as carpas são peixes sagrados para esse grupo social e não podem ser pescados ou, se forem pescados, devem ser devolvidos à natureza. Ocorre que, por diversos motivos, somente as carpas vão se tornando disponíveis no local de pesca. Ou aquele grupo começa a se alimentar das carpas, ou irão se extinguir em decorrência da fome. Como essas regras vão mudar? Quem definirá a mudança? O Conselho de anciãos? Qual será o processo de mudança dessa regra? Daí reside o problema do caráter estático da regra primária.

Por fim, imaginemos que, neste grupo social, seja proibido pegar o peixe pescado por outra pessoa sem o consentimento desta e que existe uma acusação de que Otávio pegou o peixe pescado por Alberto sem o consentimento deste. Pois bem, como se provará a ocorrência deste fato? Quais provas são admitidas? Quem julgará? Qual será a punição caso seja comprovada a existência do fato proibido? Está demonstrado, portanto, o terceiro problema, trazido por Hart, da ocorrência de apenas normas primárias em uma sociedade.

O remédio para os problemas elencados acima seria a existência da complementação dessas regras primárias com regras secundárias, que podem ser divididas entre “regras de reconhecimento”, “regras de alteração” e “regras de julgamento”. Ou seja, para a questão da incerteza, Hart apresenta as regras de reconhecimento como solução. As regras de reconhecimento especificam aspectos que determinarão que determinada regra “x” ou “y” pertence ao grupo que deve ser apoiado pela pressão social que ele exerce. (HART, 2001, pp. 101 a 109)

As referidas regras podem tomar qualquer uma dentre uma vasta variedade de formas, como, por exemplo, encontrar-se em uma lista ou texto das regras, dotados de autoridade, em documento escrito ou gravado em monumento público.

No Brasil, existem várias regras de reconhecimento que podem ser citadas, como, por exemplo, o art. 29 da Constituição Federal, que dispõe sobre o processo de criação da lei orgânica dos municípios:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

Veja-se, se o Município X decide elaborar a sua lei orgânica, votando essa lei em um turno e aprovada por maioria simples, a regra de reconhecimento disposta no artigo 29 da Constituição Federal incidirá sobre a referida lei, de modo que ela não integrará o ordenamento jurídico.

O remédio para a qualidade estática das normas são as regras de alteração. É, geralmente, a regra que confere poder a um indivíduo, ou corpo e indivíduos para que introduzam novas regras primárias, bem como para eliminar as regras antigas. Podemos citar, como regras de alteração, alguns exemplos do direito brasileiro. A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 65, o sistema bicameral de aprovação das leis, veja-se:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Além disso, é válido citar também o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Por fim, o remédio para a ineficácia da pressão social difusa das regras primárias são as regras de julgamento, de modo que dão, aos indivíduos, poder para proferir determinações dotadas de autoridade. Tais regras, além de identificar os indivíduos que devem julgar, as regras de julgamento também definem o processo de julgamento. A primazia das regras de julgamento no Brasil está disposta no art. 5º, XXXV da CF.:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não obstante, podemos citar também, como regras de julgamento, o Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, CLT (arts. 763 a 910), dentre outros.

Pois bem, compreendendo-se as regras primárias e secundárias trazidas por Hart, conclui-se que as **regras e procedimentos** também podem ser chamadas de **regras primárias** e **regras secundárias** respectivamente. Sendo assim, pode-se compreender o objeto da argumentação institucional.

De tal forma, podemos pensar em exemplos de diálogos, em uma audiência hipotética, que serão preocupação da argumentação institucional:

Diálogo 1:

Autor: - Gostaria que o réu fosse condenado, nos termos da inicial.

Réu: - Ora, Excelência, mas as alegações proferidas pelo autor são inverossímeis. Eu demonstrei na petição de fls. ...

Autor: - Mas apresentou tal petição fora do prazo, elas foram intempestivas e não devem ser conhecidas no processo.

Juiz: O autor tem razão, as alegações do réu são intempestivas e não devem ser conhecidas.

Diálogo 2:

Promotor: - Pois bem, Excelência, requer-se a condenação do réu, nos termos da denúncia.

Réu: - Mas as provas juntadas na denúncia foram obtidas de meio ilícito, logo, devem ser desentranhadas do processo!

Promotor: - Mas são provas cabais de que o réu deve ser considerado culpado!

Juiz: - As provas são ilícitas e devem ser desentranhadas do processo.

Diálogo 3:

Promotor: - Pelo exposto, requer a condenação do réu, nos termos da denúncia

Réu: - Mas o fato denunciado não é típico, logo, não é crime!

Juiz: - Sendo o fato, atípico, o réu não pode ser condenado.

A argumentação institucional é quase que unânime em áreas do direito mais “dogmáticas”, como o Direito Empresarial e o Direito Tributário. Um exemplo é o julgamento do *leading case* sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, realizado no bojo do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com a seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

O argumento da recorrente, que desejava a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, baseava-se nas seguintes premissas:

1. Faturamento é o somatório da receita obtida com a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, gerando patrimônio/riqueza;
2. Não se pode admitir a abrangência de outras parcelas que escapam à sua estrutura para fins de faturamento;

3. O ICMS não constitui patrimônio/riqueza da empresa, tratando única e exclusivamente de ônus fiscal ao qual está sujeita.
4. A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS seria admitir a abrangência de outras parcelas que escapam à estrutura do faturamento;
5. Logo, o ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por sua vez, extraindo-se o conteúdo do Relatório do julgado, os argumentos da União, recorrida, foram os seguintes:

- a) o valor do ICMS como custo que é na formação do preço da mercadoria ou do serviço deve compor o cálculo da receita bruta, base de cálculo da COFINS;
- b) o fato do ICMS ser recolhido aos cofres públicos estaduais não desnatura a sua condição de custo componente do preço da mercadoria ou do serviço, eis que os demais custos também não são, em regra, destinados ao contribuinte, mas sim a terceiros;
- c) não há nenhuma relevância jurídica no fato do ICMS ser destinado aos cofres públicos estaduais enquanto grande parte dos demais custos é destinado a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado;
- d) outros tributos que também compõem os custos da mercadoria ou do serviço são destinados a pessoas jurídicas de direito público, e nem por isso deixam de ser considerados custos e deixam de ser contabilizadas no valor da receita bruta;
- e) no julgamento do RE 212.209/MG o STF definiu que um tributo pode fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro tributo, eis que se trata de custo que compõe o valor da mercadoria ou da prestação do serviço, motivo pelo qual o provimento do presente recurso implicará a mudança de entendimento inclusive quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do próprio ICMS;
- f) não há nenhuma relação do julgamento que em novembro de 2005 considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 com o presente julgamento, pois enquanto naquele caso se tratava da ampliação da base de cálculo, neste se trata de restringir a base de cálculo existente desde a LC 70/91”.

No voto da Relatora, houve por bem a definição de faturamento:

Quanto à definição de faturamento, este Supremo Tribunal Federal dedicou muitas sessões de julgamento a essa elucidação, em razão da complexidade do tema. Para não reiniciar debate sobre matéria antes examinada e concluída, peço vênha para transcrever trechos do voto do Ministro Cezar Peluso, proferido nos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, no qual traçado histórico da legislação e da jurisprudência sobre o tema (...)

O Voto do Ministro Edson Fachin também não fugiu da temática como ponto central, embora tenha divergido da Ministra Relatora:

Por conseguinte, o fundamento determinante do voto reside em um conceito de faturamento restrito à quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços. Na espécie, a categoria não comportaria os ônus fiscais destinados a integrar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público tributante, à luz da natureza indireta dos tributos incidentes sobre o consumo, v.g. ICMS. Assim, por não se tratar de medida de riqueza aferida pelo contribuinte, o valor alusivo ao ICMS não deveria compor a base de cálculo das contribuições para a COFINS.

(...)

Ademais, sumario o presente voto na seguinte proposição: “O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela sociedade empresária, compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS e à COFINS, por ser integrante do conceito de receita bruta, base de cálculo das referidas exações”. (STF - R. Ext. n.º 574.706/PR; Rel. Min.: Cármen Lúcia; T. Pleno; J.: 15/03/17, DJe.: 02/10/17).

Basicamente, a discussão se baseia na dúvida se o ICMS, Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, integra ou não o faturamento da empresa. Para o STF, o ICMS não integra o patrimônio do contribuinte, mas sim do fisco, razão pela qual não deve incidir na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Portanto, conclui-se que a argumentação institucional é mais engessada, preocupando-se com aquilo que está positivado, de modo a garantir uma maior segurança jurídica na tutela dos direitos subjetivos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, inclusive, afastou a incidência de argumentação substantiva para o julgamento do deslinde, de modo a enfatizar o uso de argumentos institucionais:

Gostaria de dizer, logo no primeiro momento, que o fato de haver uma grave crise fiscal no país não me é indiferente, mas também não é decisivo para nenhuma das opções que devo fazer quando se trate de definir o que é certo ou errado, o que é justo ou injusto, o que legítimo ou ilegítimo.

Quando se diz que a argumentação institucional é aquela que se preocupa com as regras e com os procedimentos, veja-se a observação do Ministro Gilmar Mendes ao voto do Ministro Dias Toffoli:

Vossa Excelência me permite? Acho até estranho esse tipo de invocação. Realmente, me causa espécie, porque é uma forma de interpretar a Constituição segundo a lei e segundo uma lei, inclusive, pré-constitucional. Invocar a lei para um conceito da Constituição é caminho errôneo; desculpe-me, é caminho equivocado.

Independentemente dos conceitos abordados no julgado transcrito, em partes, acima, dado que conceitos de ICMS, PIS, COFINS, faturamento e receita bruta não nos interessam para os fins deste trabalho, percebe-se que não foram enunciados argumentos como: “A não incidência deste tributo irá gerar uma crise fiscal, dado que já era esperado, no orçamento público, a incidência deste tributo”, ou “diante de uma crise econômica, a incidência destes tributos gera um ônus muito grave ao contribuinte”.

Ou seja, o julgamento tentou, em todo momento, ficar adstrito à técnica do Direito Tributário, de modo a manter uma argumentação quase que totalmente institucional. Assim, entende-se a definição de tal argumentação, quando se diz que ela se preocupa com as regras e procedimentos.

Por sua vez, a argumentação substantiva apela a razões de natureza moral, política, social etc. (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016). Ou seja, argumentar substantivamente, no direito, significa trazer razões não jurídicas para a subsunção de um fato a uma norma.

Predominantemente, argumenta-se de forma institucional (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016), entretanto, essa constatação é meramente descritiva, ou seja, não prescreve que os operadores do direito se utilizem apenas de argumentos institucionais, evitando, assim, argumentos substantivos. Além disso, deve-se lembrar que muitos fatores circundam as decisões judiciais. Convicções pessoais, políticas e econômicas são fatores determinantes, de modo a, muitas vezes, influenciar no comportamento do juiz ao decidir, de modo que esse juiz nem sempre vá argumentar institucionalmente de forma sincera, mas sim, lapidando o argumento institucional para que encaixe em sua razão íntima de decidir.

A argumentação substantiva, portanto, busca chegar naquilo que é mais “justo” na visão do magistrado, ou, como Aristóteles dizia, o “*intermediário, igual e relativo*”, ou, simplesmente, “*proporcional*” (ARISTÓTELES, 1991, p. 101).

Deve-se atentar, contudo, que um juiz, ao se utilizar de um argumento substantivo, normalmente procura utilizá-lo com espreque em um argumento institucional, ou seja, mesmo que se utilize de um argumento substantivo, não poderá fugir da imposição do ordenamento jurídico, de modo que o direito objetivo, idealmente, é o reflexo moral de uma sociedade.

Assim, é necessário que o argumento substantivo seja embasado em um argumento institucional. Vejamos alguns exemplos:

Imaginemos um primeiro cenário, em que determinado advogado requer, ao juiz, a não condenação em determinado ilícito civil, dado que, dentre outros motivos, seu cliente sempre apresentou bom comportamento perante a sociedade, ou até mesmo que não sabia que aquela conduta poderia gerar um dano.

Independentemente dos argumentos institucionais utilizados, os argumentos substantivos são cruciais para a determinação do fato a ser julgado. Isso demonstra a importância da argumentação substantiva na realidade jurídica.

Embora saibamos que tal argumento, sozinho, talvez não surta nenhum efeito, não há qualquer impeditivo jurídico em uma atuação de tal maneira. Para uma maior concretude na compreensão dos argumentos substantivos, alguns exemplos reais podem ser trazidos para análise:

No Supremo Tribunal Federal, tribunal que será objeto de análise deste trabalho, os julgamentos são longos, com votos extensos e discussões, por vezes, acaloradas. Das muitas páginas de seus diversos julgados, podemos extrair argumentos substantivos, sejam eles de cunho moral, político ou social.

Podemos pegar um caso como exemplo, apenas para a extração destes argumentos, em uma composição antiga do Supremo. A ADI 3.999-7, julgada em 2008, que tratava sobre a perda de um mandato no poder Legislativo por “infidelidade partidária”. A ação foi julgada improcedente, por maioria, declarando constitucionais as resoluções do TSE 22.610/2007 e 22.733/2008.

Primeiramente, destaca-se o trecho do julgado em que o relator, Ministro Joaquim Barbosa, em uma demonstração de erudição, cita trecho, em inglês, da obra *O Federalista*, de Alexander Hamilton.

Outro trecho desse mesmo julgado foi o argumento trazido pelo Ministro Gilmar Mendes: “...se há capacidade de transformar oposição em situação dessa forma, é claro que nós vamos chegar ao ponto de fazer com que a oposição desapareça. Ora, isso é uma ameaça real para a própria democracia” (STF - ADI n.º 3.999-7/DF; Rel. Min. Joaquim Barbosa; T. Pleno; J.: 12/11/08, DJe.: 17/04/09).

Veja-se que, no caso do Supremo Tribunal Federal, devemos lembrar, ainda, que os julgamentos são transmitidos, ao vivo, pela televisão aberta e pela Internet. Isso amplia o auditório, de modo que os votos proferidos pelos Ministros terão um direcionamento ainda mais amplo.

De todo modo, torna-se nítida a diferença entre os argumentos institucionais e os substantivos. Entretanto, para que não existam mais dúvidas acerca de tal diferenciação, imaginemos o seguinte diálogo, feito em uma audiência hipotética em um estado hipotético:

Autor: - Excelência, eu comprei essa casa de bonecas do réu que se recusa a me entregar, sendo que o aniversário de minha filha é amanhã e essa casa de bonecas será dada de presente para ela!

Réu: - Excelência, no contrato que firmamos, a casa de bonecas deveria ter sido paga em dinheiro, entretanto, o autor insistiu em me dar um cheque com data para o mês que vem! Dessa forma, pela lei desse país, o contrato não foi cumprido, eu não fui pago, logo não entregarei o bem.

Juiz: E por que o contrato foi pago de forma diversa à estipulada?

Autor: Porque, me sinto até envergonhado em dizer, mas estou sem dinheiro esse mês e só terei como pagar ao réu no próximo mês. Assim, procedi de boa fé e entreguei a ele o cheque, que é um título executivo!

No caso hipotético acima, o autor utiliza-se de argumentos substantivos, como o aniversário da filha e o fato de não possuir o dinheiro naquele mês. Por sua vez, o réu utiliza-se do argumento institucional ao afirmar que a lei daquele país não foi cumprida.

Dessa forma, o juiz pode decidir de duas formas distintas:

1: De forma institucional, de modo a julgar improcedente o pedido do autor, haja vista que não houve o cumprimento do contrato pela lei daquele país.

2: De forma substantiva, de modo a julgar procedente o pedido do autor, por compreender as razões pela qual o autor agiu daquela forma. Para tal, deverá se basear no instituto jurídico da boa-fé.

Deve-se atentar que, independentemente da decisão em que o juiz chegar, ou da forma de argumentação a ser utilizada, uma das partes ficará insatisfeita. Pelo exposto, compreendendo a diferença entre a argumentação institucional e a argumentação substantiva, pode-se passar à análise dos outros tópicos que circundam o presente trabalho.

2. PRECEDENTE E ANALOGIA

Precedente é uma decisão judicial já tomada que gera um entendimento vinculante em relação a casos futuros (DIDIER, 2009, p.381). Schauer distingue o precedente da analogia, de modo que, embora as analogias sejam uma “característica onipresente do argumento jurídico” (dado que as pessoas argumentam que, se uma situação x é como outra do passado, a atual deve ser tratada da mesma maneira que a anterior), o raciocínio analógico não é o mesmo que o raciocínio aplicado na utilização dos precedentes.

Basicamente, para Schauer, ao argumentar de forma analógica, dizemos que algum aspecto de um problema atual é semelhante a algum aspecto de um problema passado e, portanto, devemos aprender (às vezes seguindo e às vezes evitando) os aspectos do evento passado. Traz, como exemplo, um argumento impessoal utilizado à época da primeira guerra do Iraque, em 1991, quando se dizia que Saddam Hussein era como Adolf Hitler. Tal afirmação era feita com o objetivo de mostrar que Hitler era um ditador perigoso, que invadiu outros países e precisava ser parado, da mesma forma que Hussein era um ditador perigoso, que invadiu outros países e também precisou ser parado. Como as pessoas concordavam que Hitler precisou ser parado, deveriam concordar, também, que Hussein precisava ser parado.

Outro exemplo trazido por Schauer, mais ilustrativo, traz à tona a 14ª Emenda da constituição estadunidense, que prevê uma cláusula de proteção igualitária entre os cidadãos dos Estados Unidos. O argumento se baseia nas seguintes premissas:

1. Todos os cidadãos estadunidenses são iguais e não podem ser discriminados pelas suas características imutáveis, conforme a 14ª Emenda;
2. A proibição ao casamento inter-racial foi derrubada por violar a 14ª Emenda, dado que a proibição se baseava apenas em características imutáveis;
3. A proibição à união homoafetiva se dá de forma parecida, unicamente por características imutáveis;
4. Logo, a proibição à união homoafetiva deve ser derrubada.

Ou seja, na utilização do argumento acima, deve-se perceber a existência de uma característica imutável, qual permeia a razão argumentativa descrita. Traz-se, como premissa inicial, que a cor da pele e a homoafetividade são características imutáveis de determinados seres humanos. Portanto, por se tratar de características imutáveis e, considerando que a 14ª emenda determina que todos os cidadãos estadunidenses sejam tratados de forma igual, tanto o casamento homoafetivo quanto o casamento inter-racial devem ser permitidos.

A possibilidade de recurso à analogia está positivada, inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro, há bom tempo. Em 1916, por exemplo, o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil já previa a utilização deste tipo de argumento: “Art. 7. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1916).

Por outro lado, o conceito de precedente apresenta significativa diferença. Enquanto na analogia, cada parte escolhe aquela que melhor lhe convém, na cultura de precedentes, determinada decisão anterior, pelo seu caráter de autoridade, pode bloquear uma decisão atual preferida. Assim, Schauer expressa que a principal diferença se dá pela forma em que se apresentam, de modo que o uso de precedentes difere substancialmente do uso da analogia, pois, no segundo, uma decisão anterior é selecionada para apoiar um argumento agora, enquanto que, no primeiro, uma decisão anterior se impõe para impedir um resultado de outra forma preferido (SCHAUER, 2009, p. 88).

Embora a cultura de precedentes não seja tão desenvolvida no direito brasileiro quanto a utilização de argumentos analógicos, os tribunais brasileiros já vêm adotando a utilização

daqueles, inclusive, respeitando a autoridade que tal tipo de argumentação impõe. Veja-se alguns exemplos de precedentes utilizados pelos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO IMEDIATA, NA PENDÊNCIA DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. **Com a ressalva de compreensão pessoal diversa**, deve ser mantido o entendimento majoritário da Terceira Seção, que, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.619.087/SC e, recentemente, do HC n. 435.092/SP, concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.
2. Agravo regimental não provido. (Grifou-se) - (STJ - AgRg no AREsp: 1.425.950/SC, Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz, J.: 07/05/2019, DJe 14/05/2019)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TAXA - VALOR FIXADO - TETO - OBSERVÂNCIA - LEGALIDADE TRIBUTÁRIA - **RESSALVA DA ÓPTICA PESSOAL** - AGRAVO DESPROVIDO.

1. Eis a síntese do acórdão recorrido:
AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES. RESOLUÇÃO. LEGALIDADE. 1. A execução fiscal originária objetiva a cobrança de anuidades devidas pelo ora agravante ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo relativas aos anos de 2004 a 2008. 2. O Juízo a quo reconheceu a prescrição em relação à anuidade de 2004, permanecendo hígida, portanto, a cobrança do período de 2005 a 2008. 3. Contudo, o recorrente sustenta que o tributo foi instituído por resolução, violando, portanto, o princípio da legalidade tributária. 4. Isso porque, como muito bem apontado pelo magistrado de primeiro grau, o tributo em questão encontra previsão no artigo 16, VII e § 1º, da Lei 6.530/78 com redação dada pela Lei 10.795/2003, em que se estipulou os limites mínimos e máximos de valores a ser cobrado a título de anuidade. 5. Portanto, sendo observado tais limites não há falar em violação à ilegalidade. Precedentes. 6. No caso, não há notícia de que a cobrança tenha superado os limites previstos em lei, de modo que não há qualquer ilegalidade a ser sanada. 7. Agravo desprovido.
O ato atacado está em consonância com o entendimento do Supremo. O Pleno, no julgamento do recurso extraordinário nº 838.284/SC, relator ministro Dias Toffoli, sob o regime da repercussão geral, assentou não violar a legalidade tributária a permissão legal da fixação do valor de taxa, em proporção razoável, mediante ato normativo infralegal, observado o limite do teto instituído por lei.
2. **Ante o precedente, desprovejo o agravo.**
3. Publicuem. (Grifou-se) – (STF - ARE: 1.100.172/SP; Rel.: Min. Marco Aurélio, J.: 03/12/2018, DJe.: 07/12/2018)

O primeiro caso trata da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, objeto de estudo deste trabalho e tema que será abordado no próximo capítulo, com o estudo do caso concreto. Por sua vez, o segundo caso trata da instituição de

valor de cobrança de tributo por meio de ato infralegal, ou seja, determinado tributo que já existe em lei, de forma abstrata, sendo concretizado por meio de decreto ou portaria ministerial.

Percebe-se que, em ambos os casos, embora o relator do acórdão possuísse entendimento diverso do precedente, em respeito à autoridade exprimida pelo julgado anterior, manteve a decisão em conformidade com os julgados daqueles tribunais.

Esse engessamento trazido por um precedente pode ser chamado de “*stare decisis*” Decorrente do jargão em latim “*stare decisis et non quieta movere*” (ou, em tradução livre, respeitar as coisas decididas e não mexer no que está decidido), o *stare decisis* “não ocorre quando a corte simplesmente adere a um precedente que considera correto. Apenas é significativa quando a corte se sente constrangida a aderir a uma decisão anterior, embora a considere imprudente ou injusta”³

Estuda-se, durante todo o curso de Direito, que as Ciências Jurídicas são dinâmicas e se amoldam às transformações sociais. Portanto, mesmo que as leis mudem, se determinado tribunal que possui o poder de declarar aquela lei incompatível com o ordenamento jurídico fica adstrito “para sempre” a um precedente, cai por terra o caráter dinâmico do direito.

Para superar a existência dessa problemática, traz-se a ocorrência do “*overruling*”. Em linhas gerais, o *overruling* é a mudança de entendimento de determinado tribunal, acerca de um precedente, seja por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática/histórica. Essa superação de precedentes pode acontecer de forma expressa ou implícita, sendo que, nesta, torna-se mais difícil a constatação da superação.

Para que se possa entender o procedimento da superação de precedentes no direito brasileiro, devemos, primeiramente, entender que existe um procedimento concentrado e um procedimento difuso (PEIXOTO, 2016). O modelo concentrado seria decorrente de um procedimento específico previsto em lei, como, por exemplo, o expresso na lei n.º 11.417/2006 e o presente no art. 926 do Código de Processo Civil, veja-se:

³ Do original: “Stare decisis has no bite when it means merely that court adheres to a precedent it considers correct. It is significant only when a court feels constrained to stick to a former ruling although the court has come to regard it as unwise or unjust.” - United States ex rel. Fong Foo v. Shaughnessy, 234 F.2d 715, 719 (2d Cir. 1955) (Schauer, 2009, p. 90).

- Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. (...)

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Por sua vez, o modelo difuso permite a revisão dos precedentes em qualquer processo, de forma incidental. Nesse sentido, dispõe o enunciado n.º 321 do Fórum Permanente de Processualistas Cívis⁴:

A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei 11.417, de 19.12.2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

Devemos nos atentar ao fato de que o conceito de Súmula Vinculante não é o mesmo de precedente. Para que se estabeleça um precedente, na visão de Schauer, basta que seja proferida uma única decisão judicial. Por sua vez, a súmula vinculante, regulamentada no direito brasileiro pela lei n.º 11.417/06, apenas é elaborada após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, dependendo de votação plenária e aprovação por 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal.

⁴ Os enunciados, embora não sejam fontes obrigatórias do direito, são, nas palavras do ex Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Junior, “referência essencial para julgados e doutrina, além de abrirem novos caminhos”. – Fala disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/559495488/coordenadores-da-jornada-de-direito-civil-avaliam-importancia-dos-enunciados>

Além do panorama formal do *overruling*, Peixoto também traz os aspectos materiais da superação de um precedente. Ou seja, traz a resposta para a seguinte pergunta: “Quando um precedente deve ser superado?”. Citando Eisenberg⁵, explica que a superação deve ocorrer com a observância de dois pré-requisitos:

- (a) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; e
- (b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação

Entretanto, Peixoto alerta que a construção trazida acima é funcional apenas nos casos de superação gradual, por meio de constantes revisões das decisões, não prevendo os casos em que há uma superação abrupta do precedente, o que, como veremos adiante, é o caso estudado neste trabalho.

O mesmo Fórum processualista traz, no enunciado 322, a assertiva de que a modificação de precedente pode fundar-se, entre outros motivos, em alteração política, econômica, cultural ou social referente à matéria decidida.

Veja-se, o próprio enunciado 322 do Fórum Permanente traz a definição da argumentação substantiva como forma da modificação de um precedente! Embora tais justificativas sejam perfeitamente válidas, dado que as Ciências Jurídicas e Sociais possuem caráter dinâmico, a permissividade em si aparenta ser perigosa quando não moderada.

Fato é que a segurança jurídica requer o *stare decisis* e o *overruling* apenas deve ser utilizado quando não houver mais sustentação na qual aquele precedente se funde. Veja-se um exemplo para fins didáticos:

1. Imaginemos que exista uma lei, do Estado X determinando que apenas pessoas com mais de dois metros de altura possam exercer a profissão de policial;
2. Diversas ações são ajuizadas por pessoas com menos de dois metros de altura e todas são improvidas, formando-se precedentes;

⁵ Trecho extraído e traduzido do livro “*The nature of the common law*”.

3. Por algum motivo, após um tempo, o Estado X começa a enfrentar problemas com falta de contingente, vez que não há pessoas suficientes para compor os quadros da polícia que possuam mais de dois metros de altura;

4. Novas ações são ajuizadas para que pessoas com menos de dois metros possam assumir os quadros e, dessa vez, são providas.

5. Houve, portanto, um *overruling*, uma superação de um antigo precedente.

Veja-se, também, um exemplo em que o *overruling* não se justifica:

1. Imaginemos que, em uma sessão de julgamento, determinado juiz condene uma empresa de distribuição de energia elétrica ao pagamento indenizatório por danos morais decorrentes de cobrança excessiva na tarifa de um cliente, justificando que: 1. A cobrança excessiva gera um transtorno no planejamento financeiro do pagador; 2. Há previsão legal para a condenação; 3. A condenação gerará um efeito positivo à sociedade, de modo que a empresa de distribuição tomará maiores cuidados nas futuras cobranças;

2. Na sessão seguinte, ao julgar outro caso de cobrança excessiva na tarifa pela mesma empresa de distribuição de energia elétrica, esse mesmo juiz negue o pedido de indenização por danos morais sob a justificativa de que o ocorrido não passou de mero dissabor da vida cotidiana.

Veja-se que, nesse segundo caso, não houve incongruência social, tampouco sistêmica, que justificasse a mudança de posicionamento pelo juiz; diferentemente do primeiro caso, em que se constatou a ocorrência de uma evolução fática (falta de contingente pelo não cumprimento dos requisitos objetivos – ter mais de dois metros de altura).

Em linhas gerais, caberá ao julgador demonstrar que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico, sendo que, quando as razões de segurança são mais fortes, pode a corte se utilizar de outras técnicas, como a superação prospectiva, mantendo, por vezes, o precedente que se mostra desatualizado, mas que, pela sua importância sistêmica, ainda deve ser aplicado (PEIXOTO, 2016).

Outro caso em que um precedente deva ser superado, é quando da ocorrência de erro originário na interpretação de determinado dispositivo. Ou seja, diferentemente de quando há uma evolução interpretativa, há, de fato, um erro da decisão originária. Peixoto traz um exemplo adaptado do RE 250.844/SP, em que o relator iria proferir o voto no sentido de que “seria desnecessário que entidades educacionais sem fins lucrativos (...) realizassem a manutenção dos livros fiscais caso comprovada a (...) imunidade [fiscal]”. O art. 14 do Código Tributário Nacional exige, de forma oposta, a manutenção da escrituração de suas receitas e despesas em “livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão” pelas entidades que possuam imunidade tributária. Caso o referido voto não tivesse sido reajustado e houvesse um precedente gerado, este deveria ter sido superado no próximo julgamento de caso semelhante.

Peixoto ainda traz a necessidade de fundamentação, com um ônus argumentativo, na superação de um precedente, de modo que o processo, tendo caráter cooperativo, deve buscar a construção de uma comunidade de trabalho no processo. Destaca-se o trecho do art. 927 do Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:(...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Além disso, considerando a importância da decisão, pode haver a intervenção de *amicus curiae*, conforme dispõe o parágrafo 2º do mesmo artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

De todo modo, compreende-se que a superação de um precedente, que se pode dar de forma concentrada ou difusa, deve se dar quando presentes os dois requisitos “o precedente não mais corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; bem como as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentarem a sua superação do que a sua preservação”, sempre de forma fundamentada pelo magistrado.

Saindo da teoria e adentrando na prática, vejamos alguns exemplos de *overruling* pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. RECURSO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL. **MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (Grifou-se) (STF- Ag. Reg. n.º 1.204.732/SC; Rel. Min. Cármen Lúcia; Dec. Mon.; J.: 12/11/19, DJe.: 20/11/19).

Este primeiro caso trata do assunto que abordaremos mais especificamente no próximo capítulo, qual seja a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aliás, podemos encontrar diversos casos semelhantes, em que se destaca, inclusive, a idêntica ementa entre os julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF – R. Ext. n.º 1.235.342/SC; Rel. Min. Cármen Lúcia; Dec. Mon.; J.: 12/11/19, DJe.: 20/11/19)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO (STF – R. Ext. n.º 1.237.255/SP; Rel. Min. Cármen Lúcia; Dec. Mon. J.: 12/11/19, DJe.: 20/11/19)

Além dos casos supracitados, podemos ver outros exemplos de *overruling*, um pouco mais antigos. Temos, como exemplo, caso de direito Tributário em que a jurisprudência do Supremo passou a entender de forma desfavorável aos contribuintes, ao excluir o crédito de IPI (Imposto sobre Produto Industrializado) nas operações referentes às aquisições de insumos não tributadas ou sujeitas à alíquota zero:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO CRÉDITO PRESUMIDO NAS AQUISIÇÕES DE INSUMOS OU MATÉRIAS-PRIMAS NÃO TRIBUTADAS OU SUJEITAS À ALÍQUOTA ZERO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO PROVIDO. (...)

4. Houve mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema aqui tratado, reconsidero a decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie (fl. 116), ficando prejudicadas as razões do agravo regimental (121-127). Passo à

Com base no exposto, podemos concluir que:

1. O argumento analógico possibilita maior liberdade àquele que argumenta, enquanto que o precedente, por se tratar de decisão anterior vinculante, não permite essa fluidez;
2. Tal falta de fluidez na aplicação do precedente é chamada de *Stare Decisis*, instituto garantidor da segurança jurídica na aplicação de uma decisão anterior;
3. O instituto do *Overruling* é o responsável pela substituição de um precedente quando este apresentar descompasso com padrões de congruência social e consistência sistêmica, além das normas jurídicas que o sustentam fundamentarem a sua superação mais do que a sua preservação.

Portanto, agora, poderemos estudar o caso concreto, com o apontamento dos argumentos substantivos utilizados pelos Ministros e análise dos respectivos votos.

3. ESTUDO DO CASO CONCRETO – ADCs n.ºs 43, 44 e 54

3.1 Breve resumo do caso

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade – “ADCs” de números 43, 44 e 54 versam sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

A Ação fora ajuizada para que, nas palavras do Relator, Ministro Marco Aurélio, se assentasse a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal. Dispõe, o referido dispositivo, que: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Suscitou-se, como controvérsia constitucional relevante, o precedente firmado no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, julgado em 2016, que teve, como relator, o Ministro Teori Zavascki, onde se decidiu pela possibilidade do início da execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em sede de apelação, Tal decisão alterou o entendimento contido no art. 283 do Código de Processo Penal e repercutiu diretamente no princípio positivado pelo art. 5º, LVII da Constituição da República.

O julgamento, finalizado em 07/11/19, teve como resultado, por maioria, a procedência da ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente, de modo que restou proibida a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A sessão de julgamento assistida para a confecção do presente trabalho se encontra disponível *online*, no canal do Youtube do Supremo Tribunal Federal.⁶

3.2 Análise do voto do Ministro Relator Marco Aurélio

Ainda no Relatório, o Ministro Marco Aurélio argumenta no sentido de que o precedente firmado no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP não possui efeito vinculante, nem firma regra geral quanto ao tema, mas vem repercutindo no sistema judicial brasileiro ante a carência de posicionamento, até então, do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

No início do voto, o Ministro Marco Aurélio utiliza um argumento substantivo. Ao afirmar que a visão que tem sobre o tema em discussão é desde sempre conhecida, (tendo sido reiterada na apreciação do HC n.º 126.292/SP, que, em 2016, implicou mudança na jurisprudência sedimentada no HC n.º 84.078/MG, de Relatoria do Min. Eros Grau), o Ministro afirmou que desde sempre “implementa a resistência democrática e republicana na matéria”.

⁶ Disponível em: <https://www.youtube.com/user/STF> Acesso em 08/03/20.

Posteriormente, utiliza-se de outro argumento substantivo. Afirma que se havia, no Supremo, “a última trincheira da cidadania”. Mais adiante, suscitou, ainda, que “tempos estranhos [são] vivenciados nesta sofrida república (...) Em tempos de crise, impõe-se observar princípios, impõem-se a resistência democrática e a resistência republicana”.

Em momento posterior, utilizou-se novamente de argumentação substantiva, insistindo no racional acima adotado, quando afirma que “[se] não vivêssemos tempos estranhos, o pleito [de declarar-se a constitucionalidade de dispositivo que reproduz o texto constitucional] soaria extravagante, sem propósito, mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável”.

Afirmou que, devido à univocidade do preceito da presunção de inocência, é descabido que se manejem argumentos meta-jurídicos “a servirem à subversão de garantia constitucional, cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas sim assegurados pelo Supremo como última trincheira da cidadania”.

Posteriormente, em referência a Gustavo Badaró, autor penalista, afirmou que a tentativa de diferenciar a presunção de inocência da presunção de não culpabilidade (que, para o Ministro, apresentam o mesmo conteúdo, tendo diferença apenas semântica), seria inútil e contraproducente, “servindo, apenas, para demonstrar posturas reacionárias e o esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito”.

O racional do voto do Ministro, foi, entretanto, institucional. Utilizou-se do argumento quanto à literalidade do dispositivo constitucional, bem como para o fato de que a execução provisória da pena não permite retorno ao estado anterior à referida execução, pois, uma vez perdida a liberdade, esta não pode simplesmente ser restituída.

Votou, portanto, no sentido de dar provimento aos pedidos formulados nas ADCs, de modo a superar o precedente exprimido no julgamento do HC n.º 126.292/SP, declarando-se a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Podemos resumir o voto do Ministro da seguinte forma:

- Não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade;
- A norma jurídica expressa pelo art. 5º, LVII é literal, de modo que não se pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- A execução provisória da pena não permite retorno ao estado anterior à referida execução;
- O precedente firmado em 2016 não possui caráter vinculante;
- Logo, não pode haver a execução provisória da pena, devendo ser superado o precedente firmado em 2016, que sequer possui caráter vinculante.

3.3 Análise do voto do Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes começa o voto citando o histórico dos Precedentes no Common Law, afirmando que, até 1966, não havia o instituto do *overruling*. Discorre que essa foi a primeira vez que o Plenário tratou da matéria de forma concentrada, traçando um histórico das decisões do Supremo acerca do tema nos, até então, 31 anos da Constituição Republicana.

Inicia o voto afirmando que

infelizmente, em virtude de desinformações dolosas, radicalismo político, exacerbadas paixões ideológicas acabaram gerando um absurdo inédito, em ofensivo grau de desrespeito, ofensas e, inclusive, ameaças ao Supremo Tribunal Federal enquanto instituição e a cada um de seus membros, de seus ministros e, inclusive, de seus familiares. Discursos agressivos, populistas e demagógicos a informar falsos dados (...) que insistem em fermentar as tradicionais fórmulas autoritárias para sepultar o livre debate de ideias, a íntegra interpretação da Constituição e uma honesta valoração de princípios.

Aduziu que as alterações de posicionamento do Supremo em relação ao tema (24 anos permitindo a prisão em segunda instância e 7 anos sem permitir) não geraram impacto significativo no sistema penitenciário nacional, dado que, mesmo nos 7 anos em que não se permitiu a execução provisória da pena (com o precedente firmado em 2009, no julgamento do HC n.º 84.078), houve progressão do número de presos no Brasil.

Afirmou que os dispositivos devem ser tratados com interdependência e complementaridade e que o princípio da presunção da inocência não é afetado pela execução provisória da pena.

Argumentou que, havendo um juízo natural, de primeira e segunda instância, não se poderia entender de forma divergente à aplicação do precedente firmado no HC 126.292/SP, pois, tal mudança transformaria os tribunais de 1ª e 2ª instância em locais de "passagem" para os processos. Nas próprias palavras do Ministro: *"Não se pode afastar a efetividade da tutela judicial dadas pelos juízos de 1ª e 2ª instância, que são os juízes naturais da causa. Não se pode transformar esses tribunais em tribunais de mera passagem"*.

Em seu voto entendeu por correto manter a aplicação do precedente de 2016, no sentido de permitir a execução provisória da pena.

Podemos resumir o voto do Ministro da seguinte forma:

- As alterações de posicionamento do Supremo em relação à execução provisória da pena não geraram impacto significativo ao sistema penitenciário nacional;
- Os princípios constitucionais devem ser tratados com interdependência e complementaridade;
- A presunção de inocência prevê ao réu as garantias processuais como a ampla defesa, o juiz natural e o ônus da acusação na produção das provas;
- O juízo natural, que pode analisar as questões probatórias, encerra-se no julgamento pelo Tribunal, de modo que não se pode utilizar as "1ª e 2ª instâncias" como tribunais de passagem;
- Assim, a execução provisória da pena não ofende o princípio da presunção de inocência;
- Logo, não deve haver o overruling e deve-se haver a execução provisória da pena.

3.4 Análise do voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin inicia o seu voto com argumentos institucionais, diferenciando a presunção de inocência da presunção de culpabilidade, além de argumentar que a aplicação de efeito suspensivo automático a recursos após a segunda instância destoa do racional exprimido no restante do ordenamento.

Após, o Ministro discorreu acerca das acepções do termo “culpado”, afirmando haver dois possíveis sentidos para o mesmo termo: o primeiro, formal e o equipara ao que na experiência comparada e de tribunais de direitos humanos é conhecido como “presunção de inocência”; o segundo, material, só admite a punição do agente cuja conduta for considerada reprovável. Inexiste, assim, uma literalidade, um sentido unívoco da palavra “culpado”.

Explica - traçando uma linha temporal com precedentes formados desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009 -, que o entendimento acerca da possibilidade de prisão do agente, na pendência de recursos que não tinham efeito suspensivo, era acompanhado pela corte até o julgamento do HC 84.078, pelo Plenário, sendo, fundamental para a alteração da posição original, os precedentes que reconheceram a constitucionalidade do art. 147 da Lei de Execuções Penais e que julgaram constitucionais as previsões contidas na lei de inelegibilidades.

Citou o referido princípio elencado no Pacto de *San José* da Costa Rica⁷, na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸ e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁹. Citou, em seguida, precedentes da Corte Interamericana e da Corte Europeia.

Feita a ilustração acima, afirmou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência

implica uma série de obrigações que recaem exclusivamente sobre a acusação: a culpa depende de prova e prova produzida pela acusação. O processo deve ser público e

⁷ “Artigo 8. Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)”

⁸ “Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. (...) 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. ”

⁹ “Artigo 14 (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. ”

presidido por magistrado imparcial e independente. O Estado deve garantir o exercício da defesa e o réu ou acusado não é obrigado a cooperar para a formação de sua culpa. O Estado deve abster-se de prematuramente manifestar-se sobre a culpa do acusado e ao réu assegura-se o privilégio contra a autoincriminação. Além disso, todas essas garantias são plenamente aplicáveis desde o início da atividade investigativa até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Além disso, o referido princípio seria um *standard* de avaliação probatória, de modo que, apenas se deve condenar quando houver provas suficientemente convincentes elaboradas pela acusação.

Assim, para o Ministro,

Como não há efeito suspensivo nos recursos extraordinários e especiais e – de modo ainda mais relevante – como é limitado o efeito devolutivo desses recursos, não faria sentido exigir-se que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação.

Como se vê o Ministro Edson Fachin pautou seu racional em argumentos institucionais.

Podemos resumir o voto do Ministro da seguinte forma:

- A presunção da inocência difere-se da presunção de culpabilidade;
- Não há literalidade no termo “culpado”, de modo que inexistente um sentido unívoco do termo;
- A presunção de inocência implica em garantias processuais ao acusado, como o juiz natural, a ampla defesa e o ônus probatório da acusação;
- Não há efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, sendo, o efeito de tais recursos, meramente devolutivos, não fazendo sentido exigir-se que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação;
- Logo, não deve haver o overruling e deve-se haver a execução provisória da pena.

3.5 Análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Inicialmente, rebatendo as sustentações orais, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que não se trata de uma discussão linguística, em que se atribui sentido a signos linguísticos, pois a interpretação não seria a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos e uma mecânica subsunção de fatos às normas, “sem que a realidade da vida e o intérprete façam alguma diferença. A realidade é parte da normatividade do direito”. Afirmou que os textos normativos oferecem um ponto de partida, ao mesmo tempo em que oferecem limites à interpretação, fazendo uma alusão à moldura de Kelsen¹⁰, de modo que o juiz deva fazer a melhor interpretação possível, de modo que favoreça o melhor entendimento constitucional e “o melhor interesse da sociedade”.

Em seguida, afirmou que, conforme estatística oriunda do Sistema Penitenciário Nacional, em 2010, primeiro ano após a proibição da execução provisória da pena, havia 496 mil presos, 4,79% a mais do que em 2009. Em 2011, 514.600 presos; em 2012, 549.800 presos. Em 2013, 581.500 presos; em 2014, 622.200 presos; em 2015, 698.600 presos; em 2016, 722.923 presos. Em 17 de fevereiro de 2016, mudou-se o entendimento, com a volta da permissão da execução provisória da pena. Ao final de 2017, o número de presos era de 726.354 presos, com um aumento de 0,47% presos, ou seja, o menor aumento desde 2009. Ou seja, utilizou-se de um argumento substantivo no sentido de que a permissão da execução provisória da pena não aumenta o número de encarcerados, mas reduz esse número.

O Ministro justificou essa redução com as seguintes possibilidades, ambas formadas por argumentos substantivos: 1) os tribunais passaram a ser mais parcimoniosos na decretação de prisão; 2) diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do direito penal foi mais eficiente.

Afirmou, em seguida, que o percentual de prisões provisórias após 2016 diminuiu em 10%, justificando tal redução pelo argumento de que “o juiz quando não pode executar a decisão

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), capítulo VIII. 8ª Ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

após o segundo grau, antecipa a prisão provisória, em quase um sentido natural para coibir a impunidade”.

Em terceiro argumento, ainda rebatendo às sustentações orais, afirmou que não foram os pobres que sofreram o impacto da execução provisória da pena, dado que estes “não mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados criminais do país”. Além disso, separou os crimes em “crimes de pobres” e “crimes de ricos”, suscitando que os “crimes de pobres”, como associação para o tráfico de drogas, roubo qualificado e roubo simples, mobilizam o maior número de vagas no sistema prisional do país. Dessa forma, concluiu que o sistema é “*duríssimo com os pobres e bem manso com os ricos*”.

Afirmou que o debate não tratava de opinião pública, dado que a opinião pública, sendo um conceito volátil, não serve de fundamento para coisa alguma. Além disso, os conceitos envolvidos seriam “justiça, direitos fundamentais e interesse público”. Afirmou que

quando o cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por tiro de fuzil, com o estupro ou violência doméstica contra uma mulher, com o grileiro que toca fogo na floresta ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de opinião pública que se trata. É a justa indignação do natural sentimento de justiça que todas as pessoas trazem dentro de si e une as pessoas de bem.

Continuou seu argumento afirmando que o juiz, por não ser isolado do mundo, encastelado em uma “torre de marfim”, intérprete de textos abstratos, deve “ter janelas para o mundo, olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição.”. Destacou que no processo penal deve-se basear apenas em provas e nunca em simpatias ou convicções políticas.

Em seguida destaca as hipóteses em que, para o Ministro, ocorre o *overruling*: 1) a mudança da percepção do direito acerca da matéria; 2) a mudança da realidade fática (a ação afirmativa que se justifica hoje pode não se justificar daqui 50 anos) e 3) pelos impactos negativos produzidos por determinado entendimento jurisprudencial. Para o ministro, teria ocorrido (em 2009) o terceiro caso, havendo um “*poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios [até que se produza a prescrição]*” “*em segundo lugar, um reforço à seletividade do sistema, porque a Defensoria Pública não litiga assim e os pobres não têm recursos financeiros para pagar recursos judiciais indefinidamente*” e, em terceiro lugar “*pelo*

mais absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça junto à sociedade pela demora interminável na punição e pelas frequentes prescrições, gerando uma realidade de impunidade”.

Pode-se perceber que o Ministro discutiu, de forma detalhada, a ocorrência do *overruling*, conforme fora demonstrado anteriormente neste trabalho.

Além disso, afirmou que “*O requisito para decretar a prisão no sistema brasileiro não é o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente*”. Concluiu, portanto, que o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado incentiva a interposição de recursos protelatórios e contribui para a impunidade.

Podemos resumir o voto do Ministro da seguinte forma:

→A discussão em comento não trata de uma discussão linguística, em que se atribui sentido a signos linguísticos pois a interpretação não seria a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos e uma mecânica subsunção de fatos às normas, sem que a realidade da vida e o intérprete façam alguma diferença. A realidade é parte da normatividade do direito.

→As estatísticas demonstram que a execução provisória da pena reduziu o número de encarcerados;

→Há duas possibilidades para a redução: 1) os tribunais passaram a ser mais parcimoniosos na decretação de prisão; 2) diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do direito penal foi mais eficiente.

→Os que mais sofrem com a execução provisória da pena são os mais ricos, que possuem recursos financeiros para a interposição de diversos recursos processuais;

→Há três motivos pelos quais ocorrem o *overruling* e nenhum deles atinge o caso em comento;

→O requisito para a prisão não é o trânsito em julgado, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente;

→ Logo, não deve haver o overruling e deve-se haver a execução provisória da pena.

3.6 Análise do voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra inicia o seu argumento afirmando haver

uma razão de ordem ética pela qual à interpretação jurídica há de corresponder uma teoria que ampare uma racionalidade objetiva, ou pelo menos intersubjetiva, sendo reduzido o espaço disponível aos impulsos subjetivos do intérprete, por melhores que sejam, ou lhe pareçam, suas motivações.

Em seguida, afirmou que o Constituinte de 1988 não apenas consagrou expressamente a presunção de inocência, mas também fixou marco temporal expresso “*ao definir com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória*”. Citou, como ilustração ao argumento, anteprojeto que precederam a Constituição da República de 1988, afirmando que a Assembleia Constituinte expressamente teria rejeitado diferentes propostas de “*conformação positiva do princípio da presunção de inocência que davam à garantia feição mais elástica, principiológica, desvinculando do trânsito em julgado a formação da culpa*”.

Após citar o histórico jurisprudencial da corte, afirmou que o *overruling* ocorrido em 2009 foi apontado como o fator que inspirou o legislador a editar a lei n.º 12.403/2011, que trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal, dentre elas, a alteração na redação do art. 283 do Código de Processo Penal, “*justamente para conformar a regência normativa das hipóteses de prisão positivadas na legislação processual penal à observância da presunção de inocência assegurada na Constituição da República, tal como dimensionada por esta Suprema Corte no citado precedente (HC 84078/MG)*”.

Portanto, para a Ministra, na redação do atual art. 283 do CPP, a prisão só pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

(i) em flagrante delito;

(ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou

(iii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva

Pontuou que não caberia ao Supremo decidir se o desenho que o art. 283 do Código de Processo Penal estampa é o melhor, mais desejável ou mais afinado com esta ou aquela ideologia quanto aos fins da persecução penal, mas tão somente “*definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade*”.

A Ministra argumentou que a mera alteração da composição de um Tribunal não constitui, por si só, fator legitimador da alteração da jurisprudência, razão pela qual justificou seu igual posicionamento no decorrer dos dois *outrulings* ocorridos em 2009 e 2016.

Trouxe o argumento de que em crises de representatividade de um povo, é fácil tentar-se a uma interpretação de texto constitucional que subtraia garantias e proteções:

Em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação aos seus representantes e o descrédito da atividade política entre os brasileiros atinge níveis lamentavelmente elevados, uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidas, não é difícil ficar tentado a uma interpretação do texto Constitucional que lhe subtraia garantias e proteções.

Argumentou, em seguida, que nenhuma das “*laboriosas e sofisticadas exegeses consegue se livrar do problema hermenêutico de interpretar um texto de modo a lhe retirar a eficácia*”, entendendo que a decisão judicial não se deve pautar nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo.

Assim, discorreu que o texto constitucional deve ser interpretado “*a partir do consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras*”, sendo que,

As palavras da Constituição não são poesia, não são, como diria Dante, “*versi strani*” [verso estranho], acessíveis somente ao iniciado detentor de esotéricas ferramentas teóricas. Como bem aponta Umberto Eco, o intérprete não pode se impor como um “*Übermensch que realmente entende a verdade (...) que o autor não sabia*”.

Posteriormente, traz o histórico definidor da presunção de inocência, concluindo que a não execução provisória da pena fora a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte e, portanto, esta deve ser respeitada.

Podemos resumir o voto da Ministra da seguinte forma:

→O Constituinte originário definiu expressamente que o termo final da garantia da presunção de inocência é o trânsito em julgado da decisão condenatória;

→A prisão só pode ocorrer, com a redação do art. 283 do CPP, em três hipóteses: em flagrante delito; por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva;

→Não cabe ao Supremo definir se o desenho do art. 283 do CPP é o mais desejável, mas tão somente se a opção do legislador encontra impedimento na Constituição ou se guarda conformidade com ela;

→Qualquer interpretação que se dê com o escopo de permitir a execução provisória da pena irá retirar a eficácia do texto normativo;

→A decisão judicial não deve se pautar nas melhores intenções do magistrado, porquanto deve-se respeitar a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte;

→Logo, deve-se haver o *overruling* para não se executar provisoriamente a pena.

3.7 Análise do voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto trazendo alguns casos práticos para a avaliação da razoabilidade da execução provisória da pena.

Para todos os casos trazidos, o Ministro argumentou no sentido de que se não houvesse a execução provisória da pena, todos os responsáveis pelos crimes citados não teriam sido presos. Afirmou que o direito não pode viver apartado da realidade e que não seria justo que, em casos como estes, a execução da pena fosse iniciada apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Passou, em seguida, a argumentar no sentido de desvincular a presunção de inocência da ideia de “prisão” e, conseqüentemente, da execução provisória da pena. Afirmou que a presunção de inocência inverte o ônus da prova, de modo que quem deve provar é quem acusa.

Trouxe, em seguida, precedentes em que se mitigou a presunção de não-culpabilidade, de modo que, esgotadas as instâncias ordinárias, o réu ingressava ao Supremo Tribunal Federal com presunção de culpabilidade, além de citar a lei da Ficha Limpa, em que se define a inelegibilidade a partir do julgamento do tribunal, independentemente do trânsito em julgado.

Afirmou que o sistema jurídico de determinado país não vive isolado do resto do mundo, de modo que hoje, no mundo todo, se analisa a higidez de um sistema jurídico para que esse país possa atrair investidores estrangeiros. Citou, assim como o Ministro Luís Roberto Barroso, declarações de direitos humanos de diversos países que permitem a execução provisória da pena, de modo que se mitiga a presunção de inocência a partir do momento em que se considera o réu culpado.

Afirmou, ainda, que pode haver erros em decisões judiciais, assim como na engenharia, na medicina, dentre outras áreas, sendo que, havendo equívocos, haverá remédios, como remédios constitucionais (*habeas corpus*) e ações revisionais. Além disso, o STJ e o STF não analisam questões relativas à autoria e à culpabilidade, de modo que o réu já ingressaria como culpado nas instâncias extraordinárias.

Além disso, argumentou no sentido de haver contrariedade do intérprete caso se entenda que a Constituição que permite prisão provisória, prisão preventiva e prisão em flagrante, não permita a execução provisória, além do fato de que o próprio STF permite a progressão de regime de pena sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em seguida, utilizou-se de um argumento institucional de que o art. 637 do Código de Processo Penal, mantido em vigor, dispõe que os recursos aos tribunais superiores não possuem efeito suspensivo e os autos devem baixar à vara de origem para a execução da pena.

Afirmou que a causa possui interesse à sociedade haja vista que todos os Poderes emanam do povo. Isso não significa que o Supremo deva fazer pesquisa de opinião para julgar, mas sim que devam ouvir à sociedade. Com base nessa premissa, concluiu que o *overruling* ocorrido em 2016 acompanhou a vontade dos destinatários do direito. Assim, indagou qual seria o benefício de mudança da jurisprudência, pois o precedente confere previsibilidade e que a mudança de precedente não pode ocorrer sem uma motivação profunda.

Assim, se o Supremo está disposto a criar os precedentes, deve introjetar todas as ideias que norteiam os precedentes judiciais. Assim, se a jurisprudência deve ser íntegra, coerente e estável e, se há consenso de que *“a superação de um precedente exige que ele não corresponda aos padrões de congruência social e consistência sistêmica”*, o Ministro questiona o porquê da mudança da jurisprudência, além de trazer as palavras do professor Michele Taruffo, quando afirma que *“uma corte que sobre a mesma questão, vai cambiando, a cada dia, a sua opinião, não respeita a sua jurisprudência e terá escasso respeito dos cidadãos.”*

Conclui que o Supremo não está legitimado a promover a modificação da jurisprudência, à míngua de razões suficientemente robustas que justifiquem a mudança dos precedentes. Além disso, afirmou que a execução provisória da pena não atinge réus pobres, mas sim réus ricos e com alto poder aquisitivo.

Dessa forma, o racional do Ministro pode ser ilustrado e resumido da seguinte forma:

- O desejo constitucional do povo deve ser ouvido pelos magistrados que interpretam a Constituição, dado que todos os Poderes emanam do povo;
- O sentimento constitucional do povo visa impedir a impunidade, de modo que o *overruling* ocorrido em 2016 acompanhou a vontade do povo.
- Se caso não houvesse a execução provisória da pena, casos como x, y e z trariam impunidade e, conseqüentemente, injustiça;
- O precedente atende ao sentimento constitucional do povo, além de acompanhar a sistemática de direitos humanos de diversos tratados internacionais;
- A jurisprudência deve ser íntegra e estável, de modo que a superação de um precedente exige que ele não corresponda aos padrões de congruência social e consistência sistêmica;
- O precedente apenas deve mudar quando não atender mais ao sentimento constitucional do povo;
- Logo, não deve haver o *overruling*, mantendo-se o precedente, de modo a haver a execução provisória da pena.

Portanto, embora tenha se utilizado de argumentos substantivos para justificar a sua decisão, o racional do Ministro se pautou em uma argumentação institucional.

3.8 Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro iniciou seu voto trazendo dados estatísticos com o intuito de demonstrar os efeitos da execução provisória da pena. Iniciou com dados estatísticos acerca das audiências de custódia, de modo que argumentou no sentido de que a redução da população carcerária se deve ao trabalho do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

Em seguida, afirmou que o texto normativo não comporta margem de interpretação, de modo que as constituições modernas que surgiram na esteira das sublevações libertárias do século XVIII, como expressão da vontade dos cidadãos, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos comandos, tendo em vista que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto do Estado.

Continuou traçando a linha histórica, afirmando que, apesar da rigidez das constituições liberais, logo se percebeu que estas não poderiam permanecer estáticas, porque tinham de se adaptar à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, de modo que há duas formas de mutação constitucional: a formal, em que determinado preceito é modificado por legisladores ou juízes, mediante interpretação e outro informal, em que se reconhece o desuso por não corresponder mais à realidade. Com isso, estabeleceu a premissa de que a presunção de inocência é o que se chama de cláusula pétrea da Constituição, já que se trata de uma garantia individual.

Afirmou, em seguida, que

Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias.

Continuou no argumento de que se afigura compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar a garantia da presunção de inocência por acreditarem que assim melhor contribuirão para combater a corrupção endêmica e a criminalidade violenta que assola o país.

Afirmou, contudo, que tais magistrados nem sempre emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde e o deplorável esfacelamento da educação estatal, cuja solução contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas.

Afirmou que nem mesmo ao Congresso Nacional é permitida a extinção ou minimização da presunção de inocência, porquanto foi concebida como antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como o de 1964.

Argumentou que a partir do julgamento do HC n. ° 126.292/SP, um grande número de prisões passou a ser decretado após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem nenhuma fundamentação idônea.

Retornou ao segundo argumento trazido, afirmando que o art. 5º, LVII da Constituição Federal é um dispositivo taxativo, não comportando interpretações, nem que se argumente que nações culturalmente avançadas adotam a possibilidade da execução provisória da pena, haja vista se tratarem de realidade distinta da nossa, *“não apenas porque as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas, como também porque existe um rigoroso controle externo da atividade judiciária, bem assim um estrito respeito às prerrogativas dos advogados”*.

Dessa forma, podemos resumir o argumento do Ministro da seguinte forma:

- A título de ilustração, as audiências de custódia foram as verdadeiras responsáveis pela redução carcerária e não a possibilidade da execução provisória da pena.
- O texto constitucional que prevê o princípio da presunção de inocência traz uma norma jurídica taxativa;
- Historicamente, percebe-se que a mutação constitucional deve obedecer aos interesses do constituinte originário;
- Os interesses dos magistrados em combater a corrupção e a violência não podem ignorar as desigualdades que a execução provisória da pena ressalta.
- Logo, deve-se haver o *overruling* para não se executar provisoriamente a pena.

3.9 Análise do voto da Ministra Carmen Lúcia

A Ministra Carmen Lúcia inicia o voto citando a Ministra Ellen Gracie, afirmando preocupação em alterar uma jurisprudência de mais de 20 anos, pois isso seria afirmar que aqueles que antecederam os que hoje empossam o Supremo Tribunal Federal estiveram errados durante 20 anos.

Afirmou, após citar a Ministra Ellen Gracie, que a jurisprudência do STF marchou no sentido de comprometer-se com os direitos fundamentais de todos, incluindo-se o dos presos, bem como àqueles que deram início ao cumprimento provisório da pena.

Argumentou que o art. 5º, LVII da Constituição não comporta leitura isolada, citando o voto proferido em 1993 pelo Ministro Aldir Passarinho, que, à época, argumentou no sentido de que, havendo hipótese de prisão em flagrante, por exemplo, não há relação obrigatória entre a prisão e a sentença transitada em julgado. Citou, no mesmo sentido, o voto do Ministro Menezes Direito, que votou pelo sentido da possibilidade da prisão em segunda instância, haja vista que a análise da matéria fática se encerra na segunda instância.

Em seguida, afirmou que a eficácia do Direito Penal se dá em razão da certeza do cumprimento das penas. Sem essa certeza, “*o que impera é a crença da impunidade*”. Em crítica ao sistema recursal, argumentou que não são os mais pobres os afetados pela execução provisória da pena, mas sim os mais ricos, que são aqueles que dispõem de meios financeiros para arcar com os custos de recursos perante os tribunais superiores, de modo que o processo se protraia no tempo até que se chegue à prescrição da pretensão punitiva.

Dessa forma, concluiu no sentido de que a interpretação do dispositivo suscitado deve corresponder à eficácia do sistema criminal, respeitados os princípios do devido processo legal e demais garantias de defesa do réu, mas não afeta o momento em que se inicia a execução da pena, a partir do momento em que haja um juízo de certeza fática reiterado.

O voto da Ministra pode ser resumido da seguinte forma:

- A alteração de uma jurisprudência de mais de 20 anos significa dizer que aqueles que antecederam os que hoje empossam o Tribunal estiveram errados durante 20 anos;
- O art. 5º, LVII da Constituição não comporta leitura isolada, devendo ser interpretado de forma sistêmica;
- A análise da matéria fática se encerra com o julgamento da lide pelo tribunal em segunda instância;
- Os afetados pela execução provisória da pena serão os mais ricos, que dispõem de meios para interpor diversos recursos, muitas vezes protelatórios;
- Logo, não deve haver o overruling e deve-se haver a execução provisória da pena.

3.10 Análise do voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro iniciou seu voto afirmando que até 2009 a definição que tratou o réu como “culpado” adveio de um código de processo penal de inspiração autoritária, porquanto há normas do referido código que não foram recepcionadas pela Constituição, com uma postura de evolução positiva e a retirada da prisão “obrigatória”. Criticou o conceito de “Liberdade provisória” constante da Constituição, dado que o que é “provisório” é a prisão, bem como as medidas cautelares e não a liberdade. Citou as alterações do Código de Processo Penal, em 2008 e 2009.

Afirmou que sempre manteve inquietação com prisões decretadas de modo automático, sem a individualização ao caso concreto. Afirma que a construção de seu pensamento se dá tanto às mudanças na legislação quanto às modificações substanciais no contexto do sistema judiciário brasileiro. Em 2009, registrou que a execução provisória da pena seria incompatível com a Constituição, pois violaria o princípio da presunção da não culpabilidade.

Em 2016, argumentou que se convenceu de que a presunção de não culpabilidade não necessariamente impunha que o réu fosse tratado como inocente durante todo o processo. A principal justificativa para a mudança de posicionamento, galgava-se no diagnóstico de que a

inefetividade do sistema recursal penal, suscitava um grave quadro de ineficiência do sistema judiciário. Trouxe alguns casos ilustrativos.

Afirmou, contudo, que o pensamento de 2016, pautava-se em uma crença da “*capacidade dos Tribunais de segunda instância de distinguir e corrigir situações abusivas*”. Citou um mau uso das instâncias ordinárias do que chamou de “*prisões provisórias em caráter permanente*” e, principalmente, da “obrigatoriedade” e “padronização” em que a execução provisória da pena era aplicada.

Em 2017, novamente apresentou mudança no posicionamento, haja vista o diagnóstico supracitado. Citou a súmula n.º 122 do TRF-4, que previa: “*Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.*”

Afirmou que há 3 possibilidades da antecipação da execução da pena:

- Com o trânsito em julgado progressivo da sentença penal condenatória, ou seja, quando parte da sentença transitasse em julgado;
- Quando da precipitação, em HC, do exame pelos tribunais superiores em questões iguais ou mais abrangentes;
- Em crimes graves, para a garantia da ordem pública.

Trouxe dado apontado pela Folha de São Paulo afirmando que, em cada 3 decisões, 1 é revista pelo STJ, quando se trata de execução provisória da pena. Citou, também, pesquisa dos assessores do STF demonstrando que, em 2017 e 2018, houve um significativo número de impetrações de HC no STF. Em 2016 foram 6.490 impetrações. Após a permissão da execução provisória da pena, foram impetrados 11.327 HC. Em 2018, 13.815. Além disso, em 2018 foram concedidas 642 ordens de HC, sendo, os principais fundamentos: descabimento da prisão preventiva (20%), necessidade do início em regime mais benéfico (16%), revisões da dosimetria da pena (14%), sendo apenas 4% dos HC versados sobre os crimes de colarinho branco, sendo 49% de tráfico e 9% de furto.

Concluiu, assim, pela não execução provisória da pena.

O voto do Ministro pode ser resumido da seguinte forma:

→Em 2009, o Código de Processo Penal possuía postura autoritária, com diversas normas não recepcionadas pela Constituição de 1988, de modo que o legislador promoveu, em 2011, diversas mudanças no referido código, inclusive no art. 283;

→Em 2016, quando votou pelo *overruling*, de modo a permitir a execução provisória da pena, entendia que a inefetividade do sistema recursal penal suscitava um grave quadro de ineficiência do sistema judiciário;

→Entretanto, entende, hoje, que, em virtude de os tribunais terem aplicado a execução provisória da pena de modo automático e padrão, não deve haver a execução provisória da pena;

→Logo, deve-se haver o *overruling* para não se executar provisoriamente a pena.

3.11 Análise do voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello inicia o seu voto afirmando que:

Os elementos de informação que vêm sendo coligidos ao longo de diversos procedimentos de investigação penal instaurados no contexto da denominada “Operação Lava a Jato” evidenciam que a corrupção impregnou-se, profundamente, no tecido e na intimidade de algumas agremiações partidárias e das instituições estatais, contaminando o aparelho de Estado, transformando-se em método de ação governamental e caracterizando-se como conduta administrativa endêmica, em claro (e preocupante) sinal de degradação da própria dignidade da atividade política, reduzida por esses agentes criminosos ao plano subalterno da delinquência institucional.

Dessa forma, nas palavras do Ministro, ocorre a captura das instituições governamentais por determinado grupo criminoso. Reiterou o compromisso do Supremo Tribunal Federal em combater a corrupção:

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de quaisquer autoridades da República que haja incidido em censuráveis desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Esse entendimento – cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, independentemente de ser favorável, ou não, à tese do trânsito em julgado, discorda ou é contrário à necessidade imperiosa de combater e de reprimir com vigor, respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal, todas as modalidades de crime praticadas por agentes públicos, qualquer que seja a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, ou por delinquentes empresariais investidos de grande poder econômico.

Afirmou que esse combate deve ser feito de modo isento, impessoal e em respeito às garantias individuais

Em seguida, argumentou que a Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias, haja vista que a supremacia de que ela se reveste constitui a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Dessa forma, salientou que o Supremo Tribunal Federal não julga em função da qualidade das pessoas ou da condição econômica, política, social ou funcional.

Afirmou, ainda, que a proteção das liberdades fundamentais dos réus representa dever constitucional de que o Supremo Tribunal Federal não pode eivar-se, mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá ser arbitrária, injusta ou irracional.

Em seguida, trouxe as garantias que configuram o princípio do devido processo legal, quais sejam: a) garantia de acesso ao Poder Judiciário; b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; c) direito a um julgamento público e célere; d) direito ao contraditório e à ampla defesa; e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; f) direito ao benefício da gratuidade; g) direito ao silêncio; h) direito à prova; i) direito de não ser processado com fundamento em provas ilícitas; j) direito à igualdade entre as partes; k) direito ao juiz natural; l) direito de ser julgado por juízes e tribunais imparciais e independentes e m) direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Seguindo na construção de seu racional, adentrou aos liames da presunção de inocência, de modo a considerar que, há mais de 30 anos, julgava a controvérsia no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo que, com fundamento na presunção de inocência, as sanções penais somente poderiam sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, haja vista que elas dependem do trânsito em julgado da sentença que as aplicou.

Assim, para o Ministro, o princípio da presunção de inocência proíbe tanto a prisão cautelar compulsória quanto a execução provisória da condenação criminal, de modo que o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. Citou, em seguida, o histórico da presunção de inocência constante dos estudos realizados em História do Direito, com ponto de partida no Direito Romano.

Suscitou que todas as decisões judiciais podem ser modificadas, inclusive aquelas proferidas pelos Tribunais, as quais são passíveis de modificação pelas Cortes Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a própria legislação infraconstitucional, na visão do Ministro, exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, como, por exemplo, os arts. 105 e 147 da Lei de Execuções Penais:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares

Dessa forma, podemos resumir o voto do Ministro da seguinte maneira:

→O combate à corrupção deve ser feito de modo isento, impessoal e respeitando as garantias individuais;

→Deve-se observar a racionalidade jurídica como padrão referencial dos julgamentos, inclusive penais, pelo Poder Judiciário, de modo que a opinião pública não deve interferir no racional jurídico.

→A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias.

→A proteção das liberdades fundamentais dos réus representa dever constitucional de que o Supremo Tribunal Federal não pode eivar-se, mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente;

→O princípio da presunção de inocência proíbe tanto a prisão cautelar compulsória quanto a execução provisória da condenação criminal, A presunção de inocência, como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído permite apenas a execução definitiva da pena, porquanto exige-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

→Logo, deve haver o *overruling* para não se executar provisoriamente a pena.

3.12 Análise do voto do Ministro Dias Tóffoli

O Ministro iniciou o voto trazendo o contexto histórico do princípio da presunção de inocência, trazendo, também, detalhes da edição da Lei da Ficha Limpa e das reformas da legislação processual penal, com ênfase no Projeto de Lei 4.208/2001, convertido na lei 12.403, que inseriu a redação do art. 283 no Código de Processo Penal causadora da divergência que ensejou no presente julgamento.

Fez deferência ao parlamento e afirmou que, em 2011, o Parlamento decidiu que se exigia o trânsito em julgado para a execução da pena e a referida decisão precisava ser respeitada.

Afirmou que estava analisando as questões atinentes à técnica normativa e, “*depois dessa análise técnica, evidentemente como todos fizeram análises teleológicas e análises factuais*”,

ele também se sentia no dever de abordar essas questões. O Ministro argumentou no sentido de que a norma não exige “interpretação conforme”, haja vista que a leitura da Constituição basta à interpretação do dispositivo infraconstitucional.

Trouxe, para ilustrar, os argumentos substantivos. Afirmou que há 845.545 pessoas presas. Destas, 354.084 pessoas não possuem sequer sentença de primeiro grau, 192.954 foram condenadas em primeiro grau, 294.090 em execução definitiva e 4.895 pessoas com mandado de prisão após decisão de segundo grau sem fundamento no art. 312 para prisão preventiva (ou seja, o caso em discussão).

Além disso, argumentou que a proibição da execução provisória da pena não geraria impunidade nos tribunais superiores, citando, como exemplos, o caso do Mensalão. Trouxe dados dos Tribunais superiores para ilustrar a afirmação. Criticou o sistema recursal e afirmou que compete ao legislativo criar métodos de barrar a prescrição punitiva causada pelo excesso de recursos e não ao Judiciário.

Após outros casos trazidos para ilustrar a afirmação de disfunção do sistema criminal, com ênfase no caso da Boate Kiss, em que houve demora para o julgamento de eventual competência do júri, concluiu que não se pode executar provisoriamente a pena, mas que isso pode ser mudado pelo parlamento.

O Voto do Ministro pode ser resumido da seguinte forma:

- Em 2011, o parlamento decidiu que se exigiria o trânsito em julgado para a execução da pena;
- A norma expressa pelo art. 283 do CPP não exige interpretação conforme, haja vista que a leitura da Constituição basta à interpretação do dispositivo infraconstitucional;
- Embora o parlamento possa mudar a disposição, atualmente, não se pode executar provisoriamente a pena;
- Logo, deve haver o overruling para não se executar provisoriamente a pena.

CONCLUSÃO

Até aqui, pudemos compreender o que é argumentação substantiva, o que é um precedente, a diferença entre o precedente e a analogia e como cada Ministro do Supremo Tribunal Federal votou em no caso em que se discutia a constitucionalidade da execução provisória da pena.

Em linhas gerais, a argumentação substantiva se diferencia da argumentação institucional porquanto apela a razões de natureza moral, política, social etc., de modo que argumentar substantivamente, no direito, significa trazer razões não jurídicas para a subsunção de um fato a uma norma.

Predominantemente, argumenta-se de forma institucional, entretanto, essa constatação é meramente descritiva, não prescrevendo que os operadores do direito se utilizem apenas de argumentos institucionais. Além disso, deve-se lembrar que muitos fatores circundam as decisões judiciais. Convicções pessoais, políticas e econômicas são fatores determinantes, de modo a, muitas vezes, moldar o comportamento do juiz ao decidir, de modo que, por vezes, lapidar o argumento institucional para que encaixe em sua razão íntima de decidir.

A argumentação substantiva, portanto, busca chegar naquilo que é mais “justo” na visão do magistrado, ou, como Aristóteles dizia, o “*intermediário, igual e relativo*”, ou, simplesmente, “*proporcional*” (ARISTÓTELES, 1991, p. 101).

Quanto ao precedente, que é uma decisão judicial já tomada que gera um entendimento vinculante em relação a casos futuros, este se distingue da analogia, principalmente, pela forma em que se apresentam, de modo que o uso de precedentes difere substancialmente do uso da analogia, pois, no segundo, uma decisão anterior é selecionada para apoiar um argumento agora, enquanto que, no primeiro, uma decisão anterior se impõe para impedir um resultado de outra forma preferido (SCHAUER, 2009, p. 88).

Embora a cultura de precedentes não seja tão desenvolvida no direito brasileiro quanto a utilização de argumentos analógicos, os tribunais brasileiros já vêm adotando a utilização daqueles, inclusive, respeitando a autoridade que tal tipo de argumentação impõe.

É sabido que o Direito é dinâmico e se amolda às transformações sociais. Portanto, mesmo que as leis mudem, se determinado tribunal que possui o poder de declarar aquela lei incompatível com o ordenamento jurídico fica adstrito “para sempre” a um precedente, cai por terra o caráter dinâmico do Direito.

Para superar a existência dessa problemática, traz-se a ocorrência do “*Overruling*”. Em linhas gerais, o *overruling* é a mudança de entendimento de determinado tribunal, acerca de um precedente, seja por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática/histórica. Essa superação de precedentes pode acontecer de forma expressa ou implícita, sendo que, nesta, torna-se mais difícil a constatação da superação.

Portanto:

→ A argumentação substantiva é a que apela a razões de natureza moral, política, social etc., de modo que argumentar substantivamente, no direito, significa trazer razões não jurídicas para a subsunção de um fato a uma norma;

→ Precedente é uma decisão judicial já tomada que gera um entendimento vinculante em relação a casos futuros

→ *Overruling* é a mudança de entendimento de determinado tribunal, acerca de um precedente, seja por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática/histórica.

Tendo em mente as três premissas acima traçadas, pudemos observar que, no caso em comento, em que se analisou a possibilidade da execução provisória da pena, de modo a assentar a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, suscitou-se, como controvérsia constitucional relevante, o precedente firmado no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, julgado em 2016, que teve, como relator, o Ministro Teori Zavascki, onde se decidiu pela possibilidade do início da execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em sede de apelação.

Dessa forma, apesar de tratar-se, nas ADCs de números 43, 44 e 54, de controle concentrado de constitucionalidade, ainda se discutia pela manutenção ou não de um precedente.

Constata-se que, mantendo-se o precedente, poderia haver a execução provisória da pena, enquanto que, havendo o *overruling*, não se poderia mais executar provisoriamente a pena.

Como pudemos observar no decorrer deste trabalho, todos os Ministros se utilizaram de argumentação substantiva em algum momento do voto: alguns trouxeram tais argumentos como ilustrações, enquanto outros pautaram o voto em argumentos substantivos.

Para que se facilite a compreensão didática do tema, podemos dividir os racionais utilizados no julgamento em quatro grupos. O primeiro seria composto dos racionais pautados em argumentação institucional pela manutenção do precedente. O segundo, dos racionais pautados em argumentação institucional pelo *overruling*. O terceiro, dos racionais pautados em argumentação substantiva pela manutenção do precedente e, o quarto, dos racionais pautados em argumentação substantiva pelo *overruling*.

Assim, a divisão se dá da seguinte forma:

Grupo 1 – Argumentação Institucional/Manutenção do Precedente

Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin. Luiz Fux, Carmen Lúcia.

Grupo 2 – Argumentação Institucional/*Overruling*

Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Dias Tóffoli.

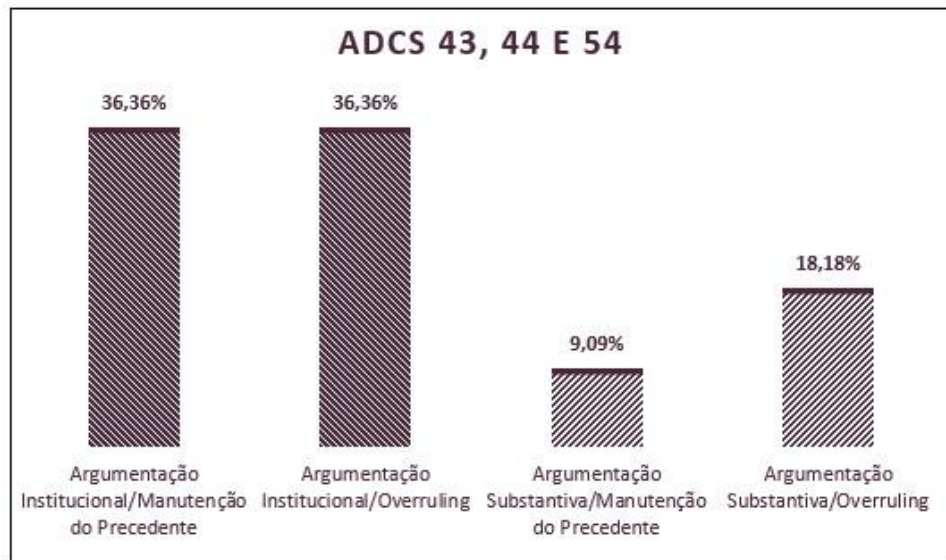
Grupo 3 – Argumentação Substantiva/Manutenção do Precedente

Ministro Luís Roberto Barroso.

Grupo 4 - Argumentação Substantiva/*Overruling*

Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Estatisticamente, o Tribunal votou da seguinte forma, conforme demonstra o gráfico abaixo:



Diante de todo o exposto, podemos tecer as seguintes conclusões:

- ➔ A argumentação substantiva, em oposição à argumentação institucional, é a que apela a razões de natureza moral, política, social etc., de modo que argumentar substantivamente, no direito, significa trazer razões não jurídicas para a subsunção de um fato a uma norma;
- ➔ Precedente é uma decisão judicial já tomada que gera um entendimento vinculante em relação a casos futuros;
- ➔ *Overruling* é a mudança de entendimento de determinado tribunal, acerca de um precedente, seja por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática/histórica;
- ➔ Todos os Ministros eventualmente utilizam de argumentos substantivos, seja para ilustrar determinado racional, ou até mesmo pautar o racional de um voto em eventual caso;

- ➔ No caso estudado, a maioria dos Ministros se utilizou de argumentação institucional, seja para manter o precedente, seja para aplicar o *overruling*;
- ➔ Uma minoria utilizou de um racional substantivo para aplicar o *overruling* e um Ministro utilizou-se do racional substantivo para manter o precedente.

Por fim, mostra-se interessante o fato de que Magistrados se utilizem da argumentação institucional e diverjam quanto ao resultado. Isso pode se dar por diversos fatores, como, por exemplo, a diversidade sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, há muitas fontes normativas que podem servir como “chaves” para que se alcance um ou outro resultado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco, Livro V**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Nova Cultural, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs n.ºs 43, 44 e 45. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Data de julgamento: 07/11/2019, Acórdão ainda não publicado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi n.º 3.999-7. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 12/11/2008, Data de Publicação: DJe 17/04/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AREsp: 1.425.950/SC, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 07/05/2019, Data de Publicação: DJe 14/05/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ARE: 1.100.172 SP - São Paulo, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/12/2018, Data de Publicação: DJe-263 07/12/2018

BRASIL Supremo Tribunal Federal - ARE: 1.204.732 SC - Santa Catarina 0176095-95.2018.3.00.0000, Relator: Ministra. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 12/11/2019, Data de Publicação: DJe-253 20/11/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 574.706. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Data de Julgamento: 15/03/2017, Data de Publicação: DJe 17/03/2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal - RE: 1.235.342 SC - Santa Catarina 0083514-27.2019.3.00.0000, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 12/11/2019, Data de Publicação: DJe-253 20/11/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE: 353.600 RS, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 01/08/2011, Data de Publicação: 09/08/2011

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Salvador: Editora JusPodvm, 2009, v. 2.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Trad.: MENDES, A. R. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MAUÉS, A. M. **Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios**. São Paulo: Revista Direito GV, 2012.

PEIXOTO, Ravi. **A Superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo Comparado, RCP Vol. 3, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. *Acesso em jan. 2020*

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Persuasão e eficácia discursiva no direito: dois textos exemplares.** EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação, Ilhéus, n.2, p. 87-101, mai. 2012.

SCHAUER, F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning** . Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009.

SHECAIRA, F.P. STRUCHINER, N. **Teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro, Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SILVA, C. A. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.