

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

**PRECEDENTES EM AÇÃO** – Um estudo de caso sobre a possibilidade de execução provisória da pena no Superior Tribunal de Justiça.

DANIEL DE SOUZA LUCAS

Rio de Janeiro  
2017/1

DANIEL DE SOUZA LUCAS

**PRECEDENTES EM AÇÃO** – Um estudo de caso sobre a possibilidade de execução provisória da pena no Superior Tribunal de Justiça.

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. Fábio Perin Shecaira**.

Rio de Janeiro

2017/1

DANIEL DE SOUZA LUCAS

**PRECEDENTES EM AÇÃO** – Um estudo de caso sobre a possibilidade de execução provisória da pena no Superior Tribunal de Justiça.

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. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação:     /     / 2017.

---

Orientador

---

Membro da banca

Rio de Janeiro  
2017/1

## SUMÁRIO

<b>1 ABREVIATURAS E SIGLAS.....</b>	<b>8</b>
<b>2 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>13</b>
<b>4 PRECEDENTES EM AÇÃO .....</b>	<b>31</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>6 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>

## RESUMO

Este é mais um trabalho sobre precedentes judiciais, embora ele pretenda avançar em um sentido ainda não muito explorado. A intenção é evitar uma abordagem caracteristicamente prescritiva para centrar o estudo na identificação dos significados possíveis do precedente e suas implicações nas práticas dos tribunais a partir do uso por agentes competentes em situações cotidianas da função adjudicatória. A doutrina processual civil contemporânea tem se manifestado, e movimentado, de maneira a influenciar os tribunais a tratar uma decisão judicial com pretensão de universalidade como um precedente vinculante e obrigatório nas instâncias inferiores. Qual a posição dos tribunais a esse respeito? O presente estudo de caso de um conjunto de casos decididos pelo STJ identificou uma dinâmica similar à dinâmica dos precedentes da *common law*. Ficou aparente a preferência argumentativa dos ministros pela citação à autoridade superior como meio de assegurar a correção do que foi decidido. O estabelecimento de enunciados nas decisões judiciais influentes contribuiu para a percepção de vinculação dos julgadores. O enunciado funcionou como uma regra judicialmente posta. Com isso, a vinculação não decorreu das razões explicitadas nas decisões precedentes, mas do acordo entre intérpretes sobre a precedência dos enunciados como fontes do direito.

Palavras-chave: precedentes; decisões judiciais influentes; fontes do direito; regras para decidir; efeitos vinculantes.

## ABSTRACT

This is further work on judicial precedents, although it intends to move forward in a direction not yet explored. The intention is to avoid a characteristically prescriptive approach to focus the study on the identification of the possible meanings of the precedent and its implications for the practices of the courts according to the use by competent agents in everyday situations of the adjudicatory function. Contemporary civil procedural scholarship has expressed itself, and moved, in order to influence the courts to treat a judicial decision with pretension of universality as a binding and binding precedent for the lower courts. What is the position of the courts in this regard? The present case study of a set of cases decided by the STJ identified a dynamics similar to the dynamics of common law precedents. The argumentative preference of the ministers was apparent by citing the superior authority as a means of ensuring that what was decided was corrected. The establishment of statements in the influential judicial decisions contributed to the perception of bindingness by the judges. The statement worked as a court-ordered rule. As a result, bindingness did not stem from the reasons given in previous decisions, but from the agreement between interpreters on the precedence of statements as sources of law.

Keywords: precedents; influential court decisions; sources of law; rules to decide; binding effects.

## 1 ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE	- Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	- Artigo
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
Des.	- Desembargador
DJe	- Diário de Justiça Eletrônico
EDcl	- Embargos de declaração
HC	- Habeas Corpus
IAC	- Incidente de Assunção de Competência
IRDR	- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Min.	- Ministro
MP	- Ministério Público
QO	- Questão de Ordem
Recl.	- Reclamação
Reclte.	- Reclamante
RE	- Recurso Extraordinário
rel.	- Relator
REsp	- Recurso Especial
RISTJ	- Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF	- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ/SP	- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## 2 INTRODUÇÃO

Este é mais um trabalho sobre precedentes judiciais, embora ele pretenda avançar em um sentido ainda não muito explorado. A intenção é evitar uma abordagem caracteristicamente prescritiva para centrar o estudo na identificação dos significados possíveis do precedente e suas implicações nas práticas dos tribunais a partir do uso por agentes competentes em situações cotidianas da função adjudicatória. Essa preocupação decorre do fato de que a doutrina processual civil contemporânea tem se manifestado, e movimentado, de maneira a influenciar os tribunais a tratar o precedente, uma decisão judicial com pretensão de universalidade, como vinculante e obrigatório<sup>1</sup> nas instâncias inferiores. Em tese, os precedentes (essas decisões consideradas reconstitutivas do ordenamento jurídico) firmados pelos tribunais no momento atual, caso-atual, com pretensão de serem utilizadas nas instâncias inferiores em casos-futuros<sup>2</sup> permitiriam que a segurança jurídica do sistema fosse incrementada a partir de um duplo efeito que pretende orientar os comportamentos futuros dos jurisdicionados e otimizar a eficiência cognitiva e decisória do sistema judicial, uma vez que nem todos os tribunais ou instâncias estariam "abertos às considerações" em todas as questões sob sua responsabilidade<sup>3</sup>.

A defesa dessa prática dos precedentes pelos doutrinadores pressupõe que o tribunal esteja marcadamente influenciado pela perspectiva prospectiva de análise, já que a intenção seria manifestamente a de estabelecer uma regra para decidir casos futuros, em oposição ao viés tradicional do precedente em países como Inglaterra e Estados Unidos, expoentes da tradição da *common law*<sup>4</sup>. Nesses países, em se tratando de questões já debatidas em juízo, os tribunais no momento atual, caso-atual, estão menos preocupados em estabelecer um

---

<sup>1</sup> Defendem a vinculatividade do precedente judicial, entre outros: MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: RT, 2013; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – um paradoxo apenas aparente. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC v.3); ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2016; e MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>2</sup> É assim que ZANETI JR conceitua o precedente e defende sua aplicação mesmo quando o decisor não concorda com seu conteúdo. ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2016, p. 387. A conceituação é ligeiramente distinta, embora a ideia da aplicação seja aderente ao conceito básico de precedente defendido em SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.37-38.

<sup>3</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.43.

<sup>4</sup> Nessas tradições, o precedente estabelecido no passado controla os eventos do presente, porque aderir a uma decisão anterior é diferente de tomar a decisão que agora parece conduzir às melhores consequências no futuro. SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p. 61.



precedente que dê conta do futuro, estando mais voltados à obrigação de consistência<sup>5</sup> e coerência das decisões. Essa preocupação é, essencialmente, retrospectiva por pretender fazer justiça “olhando para trás”. No direito a tensão entre as perspectivas retrospectiva e prospectiva é constante<sup>6</sup>, e delas derivam duas funções centrais para o Estado e para o Direito que são as funções legislativa e adjudicatória. O desequilíbrio entre essas perspectivas, ou melhor, a hegemonia de uma sobre a outra nas decisões pode conduzir a um decisionismo ou autoritarismo injustificados<sup>7</sup>. Essa é uma das razões pelas quais tribunais são induzidos a realizar, necessária e continuamente, um *trade-off* entre a perspectiva prospectiva (que se pergunta como a decisão afetará o que os outros farão mais tarde) e a perspectiva retrospectiva (que assume que tudo no caso já aconteceu e tenderia a acontecer da mesma maneira se repetidas as circunstâncias). A perspectiva retrospectiva tem forte relação com a doutrina do precedente judicial por conta das obrigações de consistência e coerência, ela tende a justificar seu uso e limitar sua aplicabilidade. E é por isso que, na prática, a decisão judicial serve tanto como um “pequeno pedaço de papel”, vinculando decisões futuras de alguma forma e algum grau, quanto como uma solução concreta de um conflito específico em conformidade com o direito<sup>8</sup>.

Para identificar os significados possíveis do precedente e suas implicações nas práticas dos tribunais, uma parte inicial e conceitual foi estruturado um terceiro capítulo com a intenção de oferecer definições de trabalho para a análise da argumentação dos ministros. A principal preocupação foi a de alcançar definições suficientemente precisas e úteis para suportar conclusões acerca de potenciais pontos de interseção, convergência ou divergência entre conceitos articulados, funções exercidas e efeitos observáveis do precedente desenvolvidos pela Terceira Seção do STJ no processo decisório (conjunto de casos) destinado a manter a consistência e coerência das decisões da Corte e os conceitos articulados, funções exercidas e efeitos observáveis do precedente na doutrina da *common law*.

---

<sup>5</sup> Um conjunto de decisões pode ser considerada consistente quando não se observa contradição entre elas e pode ser considerada coerente quando fazem sentido como um todo, tomadas em seu conjunto.

<sup>6</sup> FARNSWORTH, Ward. Ex ante and Ex post. In: THE LEGAL ANALYST: a toolkit for thinking about the law. University of Chicago Press, 2008, p.3-12.

<sup>7</sup> O decisionismo derivaria da preponderância da perspectiva prospectiva e da consequente constatação de que cada caso é singular e o direito deveria ser individualizado ao limite. De maneira contrária, o autoritarismo derivaria da preponderância da perspectiva retrospectiva generalizante até a situação-limite em que a individualização do direito se tornasse inviável, o que seria uma injustiça.

<sup>8</sup> FARNSWORTH, Ward. The legal analyst: a toolkit for thinking about the law. University of Chicago Press, 2008, p.6-7.

O quarto capítulo se preocupa em fornecer evidências de um processo de argumentação através do qual é possível que, ao longo do tempo e da cadeia de autoridade, uma decisão considerada influente por suas considerações substantivas assuma progressivamente um caráter cada vez mais institucional até ser considerada como um precedente. A reforma do processo civil contribuiu para esse processo ao introduzir disposições que permitem inferir que “vivemos um momento em que o processo civil conversa com o velho sistema romano, mas dialoga com o sistema de precedentes”<sup>9</sup>. A ação de Reclamação aos tribunais, antes prevista apenas como um tipo de ação constitucional, teve seu alcance ampliado com a previsão infraconstitucional de seu uso para induzir a criação de uma cultura de respeito a precedentes judiciais obrigatórios<sup>10</sup>.

O objeto de estudo, a Reclamação n.º 30.193/SP impetrada junto ao STJ em 04/03/2016<sup>11</sup>, buscou questionar a conformidade da decisão no despacho do juízo de execução penal do TJ/SP, datado de 22/02/2016<sup>12</sup>, ao disposto no HC n.º. 308.788/SP de 01/09/2015<sup>13</sup> que garantiu a prerrogativa de não ser preso preventivamente. A decisão do TJ/SP foi motivada pela divulgação oficiosa do julgamento do HC 126.292/SP no STF<sup>14</sup>, em que foi afirmada a possibilidade da execução provisória da pena. Além de contestar a possibilidade, o Reclamante alegava ainda que a condenação em segunda instância não havia transitado em julgado, sendo contrária ao expressamente disposto no CPP. O pano de fundo que serviu tanto

<sup>9</sup> POMBO, Bárbara. Sistema de precedentes do novo CPC impõe primeiro desafio ao STJ. Revista eletrônica JOTA, Brasília, 5 out. 2016. Disponível em < <https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio-ao-stj-05102016> >. Acesso em 11 out. 2017.

<sup>10</sup> PERRONE, Patrícia. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil. Universitas Jus, v. 26, n. 2, 2015.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal e Penal. Reclamação. Decisão de Magistrado de 1º Grau que determinou a execução provisória da pena. Suposto descumprimento de Habeas Corpus desta Corte que garantira ao Réu o direito de recorrer em liberdade e que transitou em julgado. Superveniente modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução provisória da pena (HC 126292/SP). Inexistência de afronta à coisa julgada. Reclamação improcedente. Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Penal de Competência do Júri Apelação Criminal. Despacho da 5ª Vara do Júri, São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2016.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus substituto de recurso. Duplo homicídio qualificado. Direito de recorrer em liberdade. Apelação criminal. Recurso exclusivo da defesa. Expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal evidenciado. Parecer pela concessão da liberdade. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. Habeas Corpus nº N° 308.788 - SP. Impte.: Marcelo Feller e outro. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 1 de setembro de 2015.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Pcte.: Marcio Rodrigues Dantas. Coator.: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016.

à argumentação da defesa, quanto à argumentação do MP foi a mudança de “orientação jurisprudencial” do STF, suas circunstâncias fáticas e as consequências práticas da decisão.

O processo decisório (conjunto de casos) da Terceira Seção do STJ deixou evidente que é útil distinguir uma decisão influente de um precedente propriamente dito (aquele que prevalece mesmo contra a íntima convicção do julgador) em função dos efeitos que uma ou outro provocam. Deixou evidente também que a distinção entre considerações retrospectivas e prospectivas da tomada de decisão não foi relevante porque não havia a pretensão explícita de desenvolver (inovar) o direito, embora as decisões sucessivas representassem de fato uma inovação do direito no sentido de tornar aplicável a execução provisória em casos não expressamente previstos no “precedente”. A distinção entre o contexto em que se aplica a decisão influente ou o precedente e o contexto em que eles se formam pode ser útil para a compreensão plena de um processo decisório que parece ocorrer de forma explícita (como na decisão plenária do STF) ou velada (como no conjunto de casos do STJ em que se “densificou” o enunciado firmado pelo STF para abarcar situações até então não contempladas).

Como lição aprendida, destaca-se a força que os enunciados têm na Corte, conseguindo produzir o principal efeito de um precedente: a limitação da liberdade decisória em função da existência de um posicionamento institucional oficial que é capaz de prevalecer frente às íntimas convicções do julgador. A ressalva está na possibilidade de seu uso dissociado do contexto em que foi desenvolvido, assim como em um bordão. Essa forma de uso incentiva o raciocínio fundado em brevidades, torna o “precedente” uma opinião e prejudica a indução ou dedução daquilo que se poderia considerar como a característica de um caso similar. É por isso que se defende que pensar o sistema de precedentes como algo novo dentro do ordenamento deve pressupor o estabelecimento de uma diferença relevante, e não necessariamente excludente, entre o que um sistema de precedentes pode produzir e o que já é produzido através das súmulas, por exemplo. Nesse sentido, fica o convite à reflexão sobre a prática para a construção de uma teoria que seja capaz de avançar sobre o “como” é possível operar um sistema de precedentes que incremente a segurança jurídica e a justiça do caso concreto.

### 3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 A DECISÃO JUDICIAL INFLUENTE E O PRECEDENTE

Esta seção tem o escopo de apresentar as semelhanças e destacar as muitas diferenças que existem entre uma decisão judicial influente e um precedente genuinamente dotado de autoridade. O objetivo é fazer com que, a partir das características apontadas, seja possível identificar no discurso do argumentador indícios de quando ele utiliza uma ou outra referência. A seção também cuidará de fazer uma distinção entre a decisão judicial que recorre à analogia para justificar seu resultado e a decisão que se justifica em função da aplicação de um precedente. Essa distinção parece relevante à medida que implica formas de raciocínio e argumentação que não conduzem necessariamente ao mesmo resultado.

##### 3.1.1 Características relevantes da decisão judicial

No nível mais genérico de descrição, podemos dizer que determinar o resultado de uma controvérsia concreta e específica em todas as suas particularidades é a principal função dos tribunais e disso decorre que o ponto de partida para o exercício dessa função são os fatos, mais precisamente a caracterização deles segundo o direito interpretado em um sentido bem diferente daquele que é típico da função legislativa<sup>15</sup>. Soaria pouco polêmico afirmar que a maioria das controvérsias jurídicas que chegam aos tribunais exsurge de um conflito entre opiniões sobre fatos, ou melhor entre o direito aplicável aos fatos em questão, seja porque se considera que as normas não se aplicam aos fatos ou os fatos não estão previstos nas normas. Quando essa é a sensação dominante, o tribunal desempenha seu principal papel, ele examina os detalhes mais específicos, estreita progressivamente o foco até que seja possível dizer

---

<sup>15</sup> WEINREB, Lloyd L. A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Wmf Martins Fontens, 2008. p. 54. Tradução Bruno Costa Simões; revisão Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzolo de Carvalho.

exatamente a norma aplicável ao caso e situa os fatos em alguma categoria jurídica<sup>16</sup> de acordo com as fontes do direito<sup>17</sup>.

A execução de um raciocínio jurídico de estreitamento do foco deixa evidente a íntima ligação que deve existir entre as circunstâncias fáticas e o direito aplicável, talvez uma das razões para a crença (principalmente nos países que organizaram exaustivas codificações como na tradição da *civil law*) de que, resolvidas as questões factuais, a norma aplicável se mostraria tão clara que não restaria outra tarefa ao tribunal senão declará-la e anunciar sua decisão<sup>18</sup>. Essa crença teórica na codificação se mostra ingênua quando, diante da complexidade dos fatos do caso, conclui-se que por mais que se tente especificar nos códigos todos os fatos possíveis, os fatos legislativos, em algum ponto termina a convergência<sup>19</sup> em função do caráter necessariamente geral de uma regra<sup>20</sup>. Isso permite destacar a característica que considero importante: decisões são interpretações (mais ou menos) particulares das fontes do direito, decisores podem utilizar a mesma fonte (por exemplo, o inciso LVII da CRFB, que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), entendê-la de forma diferente e chegar a resultados distintos, discordando sobre o que essa fonte do direito exige ou permite.

Disso decorre outra importante característica da decisão judicial, no direito, assim como na vida cotidiana, é natural que se considere que o tratamento dado hoje a uma determinada situação recorrente deva ser o mesmo tratamento dispensado no passado a uma situação similar. O recurso à analogia é onipresente na argumentação dos advogados e na justificação das decisões dos tribunais e o fato de os advogados rotineiramente se referirem a qualquer

<sup>16</sup> As categorias jurídicas como contratos, obrigações e responsabilidade civil, por exemplo, são convenções que fazem referências a um conjunto de normas relacionadas entre si pelo tipo de conduta que regulam, quer por algum tipo de consideração externa como um tratado ou a jurisprudência de um tribunal, quer por uma limitação real entre uma e outra área de conduta. Não são assim rígidas e mutuamente exclusivas como destaca WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Wmf Martins Fontens, 2008. p. 55-63. Tradução Bruno Costa Simões; revisão Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzolo de Carvalho.

<sup>17</sup> WEINREB, Lloyd L. *Raciocínio Jurídico Analógico*. In: *A RAZÃO JURÍDICA: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Wmf Martins Fontens, 2008. Tradução Bruno Costa Simões; revisão Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzolo de Carvalho.

<sup>18</sup> A rígida doutrina francesa da estrita separação dos poderes reservou aos juízes o papel de “boca da lei”.

<sup>19</sup> WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Wmf Martins Fontens, 2008, p. 64-65. Tradução Bruno Costa Simões; revisão Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzolo de Carvalho.

<sup>20</sup> As regras funcionam como regras precisamente por causa de sua generalidade e, mesmo que fosse possível antecipar todas as possíveis aplicações de uma regra e incorporar o resultado correto para cada aplicação na regra, tal regra seria muito complexa para fornecer a orientação que esperamos. SCHAUER, Frederick. *The Generality of Rules*. In: *THINKING LIKE A LAWYER*. Harvard University Press, 2009

decisão anterior invocada como um “precedente” ajuda a fomentar a confusão entre o que pode ser considerado um precedente e o que deve ser considerado como o resultado de uma analogia. É natural supor que o conceito jurídico de decisão conforme o precedente seja uma forma de argumentação por analogia, mas um precedente verdadeiro difere de um caso-fonte à medida que a analogia dá liberdade ao julgador para eleger os aspectos que ele considera relevantes para estabelecer a semelhança, aprender com o caso e assim segui-lo ou evitá-lo<sup>21</sup>. No precedente a liberdade de seleção dos aspectos relevantes é limitada, ele emula aquilo que é considerado o predicado fático de uma norma, fazendo com que o julgador perceba que tem pouca escolha quando à decisão (consequência) que deve ser alcançada no caso-alvo. O precedente se impõe em virtude do seu *status* de autoridade<sup>22</sup>.

Analogias são escolhidas e realizadas em consequência da orientação que parecem oferecer, das lições que parecem ensinar ou da persuasão que parecem desempenhar. Advogados selecionam analogias que acreditam que levarão o julgador à conclusão que eles advogam. Julgadores selecionam analogias que acreditam ajudar qualquer leitor a ver a sabedoria de sua conclusão.<sup>23</sup> Uma vez que entendemos que, quando se trata de um precedente, a escolha da decisão-fonte muitas vezes não é percebida como uma escolha (porque existe algo como um predicado fático), podemos entender a diferença entre a analogia e o precedente. A decisão judicial que se utiliza da analogia procura suporte para chegar ao que foi considerado pelo julgador como a “melhor decisão” (ou para persuadir outra pessoa de que aquela é a melhor decisão), enquanto no caso de um precedente o julgador se sente compelido a decidir de determinada forma, mesmo que acredite que aquele é um resultado ruim porque há uma semelhança inevitável entre o caso-fonte e o caso-alvo<sup>24</sup>.

Essa distinção é de especial importância para a administração da justiça, decisões podem desempenhar um duplo papel no raciocínio e argumentação do tribunal. Ou desempenham a função menos pretensiosa de resolver conflitos específicos vinculando apenas as partes envolvidas e servindo de suporte aos julgadores na condição de possível caso-fonte de um raciocínio analógico (decisões como fonte do direito), ou desenvolvem o direito

---

<sup>21</sup> Seguindo a terminologia dos psicólogos cognitivos que estudam analogia, podemos nos referir ao caso anterior como fonte, ou fonte analógica, e o caso atual como o alvo. Quando um advogado usa uma analogia em um argumento (ou um juiz usa um em sua decisão), o advogado está destacando que alguma característica do caso-fonte está presente no caso-alvo, e, conseqüentemente, o caso-alvo deve ser decidido da mesma forma que o caso-fonte. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.85-87.

<sup>22</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.88.

<sup>23</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.88.

<sup>24</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.91.

estabelecendo um precedente que se projeta no tempo para se impor aos julgadores em casos similares (decisões como uma regra para decidir). A próxima seção tratará da forma como isso pode ocorrer e ser identificado. O mais importante a destacar agora é que, para a realização do estudo de caso, o termo decisão influente será utilizado sempre que for identificado que o tribunal, ao longo de sua argumentação, buscou interpretar as fontes do direito para vincular apenas as partes aos efeitos da sentença ou para realizar uma analogia com um caso-fonte de maneira a justificar sua decisão no caso-alvo.

### 3.1.2 O precedente judicial e seus efeitos

Nesta seção, gostaria de destacar os efeitos observáveis da restrição que a doutrina do precedente pode exercer sobre as decisões dos tribunais, destacando as possíveis formas através das quais ela se manifesta na argumentação para tentar diferenciar algumas das possíveis explicações para a complexa pergunta acerca do *que é o precedente judicial e para que ele serve*.

Nas tradições inglesa e americana, quando um caso sob análise, um caso que os juízes estão tentando decidir, é considerado suficientemente semelhante, no que tange à questão de fato e de direito, a um caso anterior em que o tribunal estabeleceu uma regra de direito (*legal rule*)<sup>25</sup>, então esse caso sob análise está, de alguma forma, vinculado à regra formulada na decisão do tribunal no caso precedente. Essa definição do precedente, longe de ser extremamente precisa, parece elaborada o suficiente para chamar a atenção para aquilo que pode ser considerado como a característica-chave do precedente judicial: o reconhecimento de que uma decisão judicial que satisfaz determinadas condições deve ser vista como uma regra. Uma regra que restringe a liberdade de escolha do tribunal ao ponto em que ele se vê obrigado

---

<sup>25</sup> A regra de direito é estabelecida através da *ratio decidendi* ou *holding* e a justificativa para o estabelecimento dessa regra pode ser encontrada no corpo da decisão. É nesse sentido que Bustamante et al. afirmam que “cada vez que um juiz, um tribunal ou qualquer outra autoridade competente para aplicar o direito define conceitos ou estabelece o sentido concreto [de uma norma geral] (...) está criando com esse ato uma regra constitutiva (...) que estabelece o sentido que um determinado ato ou fato tem no discurso do falante. No discurso jurídico, se este falante é uma autoridade que pratica atos de fala para determinar o status jurídico de algo, essas definições ou regras constitutivas obviamente têm, também, um significado normativo, pois elas são imprescindíveis para conhecer o “sentido objetivo” do ato de fala realizado pelo juiz ao solucionar uma disputa jurídica. Mesmo quando os juízes não estabelecem qualquer norma jurídica geral, não pode haver dúvida de que criam normas individuais e põem em movimento o processo dinâmico de produção do direito. BUSTAMANTE, Thomas et al. A criação do Direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito. Contra o absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011.

a seguir o precedente (usar a regra) mesmo quando entende que o resultado dessa aplicação não será o melhor possível para aquele caso em particular<sup>26</sup>.

É por isso que é possível afirmar que “decidir conforme o precedente” é substancialmente diferente de “decidir por analogia”. O precedente impede que diante de uma eventual discordância o julgador prefira o resultado que considera mais justo ao resultado estipulado no precedente. O precedente é vinculante em virtude do seu *status* de autoridade, do predicado fático que traz em si e da consequência jurídica (resultado) que pré-determina. Talvez a diferença mais notável entre estar constrangido por um precedente e informado pelo raciocínio analógico seja o grau de liberdade que o julgador tem na seleção daquilo que vai orientar sua decisão. Enquanto aqueles que estão raciocinando por analogia possuem um amplo espaço de escolha para definir as similaridades e assim produzir o resultado, aqueles que aplicam o precedente genuíno veem nele uma regra que traz em si um predicado fático e sua respectiva consequência. O precedente em sentido estrito é assim um modo de limitar ao máximo a margem de escolha do resultado que deve ser alcançado. Apenas os resultados conformes ao precedente são considerados aceitáveis. O precedente se impõe mesmo que o julgador prefira um resultado fora desse intervalo de conformidade<sup>27</sup>.

O precedente se manifesta em dois níveis, sendo eles o vertical e o horizontal. A principal finalidade de distinguir os dois níveis diz respeito à explicação de como eles podem limitar os tribunais. A forma vertical do precedente é normalmente considerada como vinculante em sentido forte e essa força decorre da relação de hierarquia na organização judiciária entre quem dita o precedente e quem está sujeito aos efeitos dele<sup>28</sup>. Na tradição inglesa, a vinculatividade dos precedentes de um tribunal superior é bastante antiga e foi consolidada pela *Câmara dos Lordes* (o equivalente à Suprema Corte à época), em 1898, quando *Lord Halsbury* na condição de relator do caso [1898] UKHL 1, [1898] AC 375 afirmou em seu voto que seria totalmente impossível ignorar toda a corrente de autoridade sobre um assunto para supor que aquilo que as partes e algumas pessoas consideraram como

---

<sup>26</sup> É a autoridade ou *status* de precedente que atribui força, vinculatividade, não a solidez do raciocínio desenvolvido, nem a crença do tribunal que o está aplicando de que o resultado dele e o melhor resultado para o caso em particular. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.41.

<sup>27</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.88.

<sup>28</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p. 57.



um caso extraordinário ou incomum seria suficiente para justificar a rediscussão de uma questão já decidida<sup>29</sup>.

Conferir o poder de firmar precedentes somente aos tribunais que atuam na fase recursal do processo, os ditos tribunais superiores, foi a maneira encontrada pela tradição inglesa para fortalecer a relação hierárquica dos tribunais e mitigar as preocupações com a consistência e coerência das decisões<sup>30</sup>. Mas, embora possa ser dito que um precedente vertical simplesmente obriga o tribunal inferior a segui-lo, seria mais exato dizer que o precedente vertical oferece uma presunção. O tribunal inferior pode simplesmente seguir o precedente e assim não se comprometer institucionalmente com o resultado alcançado, ou pode distinguir (*distinguishing*) o caso atual do precedente vertical e assumir o ônus de argumentar substantivamente para demonstrar que existem diferenças juridicamente relevantes que justificam tratar o caso atual de maneira diversa quando o tribunal superior for exercer seu poder de controle das decisões judiciais. Essa prática de diferenciação do precedente é relevante para o estudo de caso, à medida que o STJ não está indiferente às considerações e precedentes firmados pelo STF<sup>31</sup>.

A forma horizontal do precedente (*stare decisis*<sup>32</sup>) opera de forma um pouco diferente, até 1966 a tradição inglesa do *stare decisis* não comportava a superação de um precedente, ou seja, a *Câmara dos Lordes* não rediscutia um precedente, qualquer modificação do resultado

<sup>29</sup> London Street Tramways Co Ltd v London CC [1898] UKHL 1 (25 April 1898), United Kingdom House of Lords Decisions. British and Irish Legal Information Institute. Disponível em < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html> >. Acesso em 22 jan. 2017.

<sup>30</sup> DAVID, René. O direito inglês trad. port. Eduardo Brandão. – 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17. (Justiça e direito).

<sup>31</sup> A noção de *distinguishing* pode ser considerada como uma noção ambígua por estar associada à variação vertical do precedente. Um primeiro sentido possível é aquele em que um dos lados alega que o caso atual está situado no âmbito de um determinado precedente, enquanto o outro lado opera uma *distinção* que conduz à alegação de que outro precedente é o mais indicado. Nestes casos, boa parte da argumentação jurídica envolve a tentativa de persuadir o tribunal inferior acerca do precedente que determina o resultado, e os argumentos tomam essa forma precisamente porque o tribunal inferior é forçado (por força da doutrina do precedente) a chegar, no caso atual, ao mesmo resultado do caso precedente sempre que os fatos não forem distinguíveis (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p. 58). Nesse sentido a distinção é aparente, porque o tribunal está, de fato, diante de uma questão de escolha. Um segundo sentido possível é aquele em que o tribunal inferior partindo de um precedente percebe que, por uma questão de justiça, deve derivar esse precedente, ou seja, deve operar uma distinção que conduza a um resultado não previsto pelo precedente que até então estava no controle. Nesses casos ocorre o verdadeiro *distinguishing*, e as razões substantivas se fazem necessárias para a justificação da decisão que está sujeita ao controle do tribunal superior.

<sup>32</sup> Esse é o início da frase latina *stare decisis et non quiet movere* significando que se deve manter as decisões e não alterar questões já definidas, ele reflete a influência de valores como estabilidade, consistência, determinação de conflitos e historicidade sobre o sistema de tomada de decisão. Outros ramos do governo e outros sistemas de tomada de decisão permanecem mais flexíveis, menos estáveis, menos previsíveis e mais focados no futuro. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p. 44.

deveria se efetivar pela via legislativa. O precedente horizontal era considerado como rígido, absoluto. Esse posicionamento foi alterado com o *practice statement* de 1966<sup>33</sup>, ele determinou aquilo que se pode chamar de prática moderna da doutrina do precedente na Inglaterra<sup>34</sup>, mitigando a rigidez do *stare decisis*. O uso do precedente foi reconhecido como indispensável para a previsibilidade da aplicação do direito aos casos individuais, mas essa previsibilidade não poderia implicar em injustiça no caso concreto ou restrição indevida ao desenvolvimento do direito. A partir do *practice statement*, sempre que uma dessas duas condições fosse verificada pela Câmara dos Lordes, hoje Suprema Corte, o precedente poderia ser alterado se fosse considerasse oportuno fazê-lo.

Sobre a oportunidade de superar um precedente, é importante destacar que esse juízo não se baseia na simples percepção da existência de um erro decisório no passado, ele se funda no tamanho ou nas consequências desse erro para concluir que deve ser feita uma correção no precedente. O peso desse tamanho ou dessa consequência deve ser demonstrado com a superação de um *standard* elevado (*justificativa especial* ou *erro manifesto*, nas tradições americana e inglesa, respectivamente) para a legitimação da exceção ao dever de seguir suas próprias decisões em uma doutrina onde o precedente é genuinamente restritivo<sup>35</sup>. Talvez por isso a obrigação de seguir um precedente próprio raramente seja reconhecida como tão forte quanto a obrigação de seguir o precedente de um tribunal superior<sup>36</sup>, embora isso não implique dizer que a superação de um precedente próprio (*overruling*) se dê de forma trivial nos países que adotam a vinculação horizontal, porque, se assim fosse, parafraseando o Segundo Circuito de Apelação na decisão do caso *United States ex rel. Fong Foo v. Shaughnessy*, 234 F.2d 715, 719 (2d Cir. 1955)<sup>37</sup>, o *stare decisis* não doeria no tribunal e nem se deveria falar que existe uma vinculação. A prática de diferenciação do precedente próprio pode ser relevante para o estudo de caso, à medida que o STJ é um tribunal superior e possui a palavra final em matéria infraconstitucional, vindo a ter que, eventualmente, revisar seus precedentes.

---

<sup>33</sup> [1966] 1 W.L.R. 1234, Practice statement (judicial precedent). House of Lords. Disponível em < <http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html> >. Acesso em 22/01/2017.

<sup>34</sup> Ainda hoje, a diretriz prática (practice direction) 3 da Suprema Corte inglesa faz menção direta ao practice statement da House of Lords (antiga suprema corte) e afirma a desnecessidade de reeditar seu conteúdo.

<sup>35</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p. 60.

<sup>36</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p. 59.

<sup>37</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p. 90.

O que quer dizer tudo isso? Quando pensamos nas distinções entre as tradições da *civil* e da *common law*, talvez a primeira coisa que nos venha à mente seja o cuidado dispensado por advogados e juízes da segunda tradição na busca e verificação de precedentes, o *case law*. Se o que caracteriza a *civil law* em sua forma pura é a confiança atribuída à sistematização do direito pela legislação codificada (reservando as decisões judiciais, na condição de interpretações dos códigos, apenas um caráter persuasivo no complexo processo de *dizer* o direito), o que caracteriza a *common law* na sua forma pura é a confiança atribuída aos tribunais para essa sistematização do direito. O *case law*, o direito *feito* pelos juízes, é reconhecido como uma fonte do direito que não deve ser desprezada em razão da doutrina do precedente. Na tradição da *common law*, o convencimento do julgador está limitado, em certos casos, em função da existência de um posicionamento institucional oficial<sup>38</sup> do tribunal em uma questão semelhante e isso se distingue do recurso às decisões judiciais como meios de persuasão. Ser persuadido pelo raciocínio de um tribunal em um caso anterior, um caso que é precedente cronologicamente, não caracteriza uma forma de raciocínio por precedente<sup>39</sup>.

Quanto aos efeitos dos precedentes na prática dos tribunais, o aspecto que parece mais importante por ser mais facilmente observável através da argumentação diz respeito à percepção de estabilidade, consistência, solução de conflitos e historicidade do direito para os envolvidos. Precedentes são posicionamentos institucionais e estabelecem que, via de regra, existe uma precedência do posicionamento superior sobre o inferior, assim como existe uma precedência do posicionamento anterior sobre o posterior. Isso constitui a estrutura institucional fundamental para a prática do precedente e conduz todos os envolvidos a esperarem que, em geral, tribunais inferiores não confrontem os posicionamentos dos tribunais superiores decidindo setorialmente o que tem implicação sistêmica, e que tribunais inferiores não se contradigam decidindo sem observar seus próprios precedentes.

### 3.2 AS PREOCUPAÇÕES RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

<sup>38</sup> A oficialidade é um requisito importante na tradição da *common law*, os tribunais podem não optar por vedar a citação de uma decisão – o que tem sido em muito combatido e com isso minimizado -, mas podem também não dar publicidade à decisão impossibilitando-a de funcionar como um precedente. A condição de precedente depende de um ato do tribunal que não é simplesmente o equivalente ao ato de publicar a decisão no diário de justiça. E é por isso que se afirma que todo precedente é uma decisão judicial, embora nem toda decisão judicial possa ser considerada um precedente. Sobre WALD, Patricia M. Why write? In: THE RHETORIC OF RESULTS AND THE RESULTS OF RHETORIC: JUDICIAL WRITINGS. The University of Chicago Law Review, v. 62, n. 4, p. 1371-1419, 1995.

<sup>39</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.38.

A ideia central da seção anterior era mostrar o que podem ser os precedentes de acordo com as tradições americana e inglesa e como os precedentes podem vincular outros julgadores (que são obrigados a “olhar para trás” e respeitar esses precedentes como forma de atuação padrão). A exposição envolveu, basicamente, o contexto de aplicação do precedente. É a aplicação de um precedente que exige que se olhe para trás, que se procure pelo direito posto, mas isso não é tudo em termos de precedente. Existe um grupo de casos, os casos difíceis<sup>40</sup>, que acabam exigindo o desenvolvimento do direito, uma inovação, por exemplo. Essa operação se distingue da simples aplicação do precedente tanto no raciocínio (o que será tratado nesta seção), quanto na argumentação (o que será tratado na seção posterior).

Assim, esta seção tem como objetivo apresentar duas formas de raciocínio que influenciam a tomada de decisão dos tribunais por oferecer ângulos distintos de análise ao julgador. É verdade que a opção por uma ou outra preocupação é tão maior quanto mais alta é a hierarquia do tribunal no sistema judicial, mas ainda sim elas subsistem em todas as instâncias, talvez pela banalização do termo precedente que acabou associado à prática bastante difundida de recorrer às decisões judiciais anteriores (a jurisprudência) como forma de defender a tese que conduz ao que se considera como o melhor resultado. De qualquer forma, essas perspectivas permitem trazer conforto mental a qualquer tipo de julgador, desde aquele que está apegado a um procedimentalismo estrito (e assim evita opinar sobre justiça e injustiças), até aquele que é conhecido por recorrer frequentemente a argumentos consequencialistas que deem suporte para aquilo que é considerado por conservadores como uma decisão que aparenta ser *contra legem*.

### 3.2.1 Os indícios de uso das perspectivas *ex post* e *ex ante*

*Ex post* e *ex ante* são expressões latinas que significam, respectivamente, “depois de” e “antes de” e servem para designar duas maneiras distintas de pensar um mesmo problema. A primeira perspectiva, também chamada de *estática* ou retrospectiva, assume que a ação dos atores é fixa em função das circunstâncias, de maneira que toda decisão envolve “um olhar para trás” com o objetivo de restabelecer o estado de coisas original. A segunda perspectiva, *dinâmica* ou prospectiva, assume que o comportamento de qualquer ator pode mudar como

---

<sup>40</sup> O caso difícil ocorre na medida em que há argumentos opostos e igualmente fortes em ambos os lados da questão, o que gera uma dificuldade em chegar a uma decisão que seja a melhor possível. MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 67.

resposta ao que os outros atores fazem (inclusive os juízes quando se trata de uma questão judicializada), o que implica dizer que a tomada de decisão pode, por uma questão de prudência, “olhar para frente” e se preocupar com seus potenciais efeitos sobre o comportamento dos atores atuais e futuros<sup>41</sup>.

É consenso que essas perspectivas não são excludentes, embora conduzam a raciocínios e conclusões divergentes. Na verdade, a alternância entre as duas perspectivas durante a tomada de decisão tende a enriquecer qualquer resolução em decorrência da pluralidade de pontos de vista que proporciona. Parte do que torna o estudo das decisões judiciais interessante é o fato de os tribunais raciocinarem a partir de ambas as perspectivas. A decisão judicial em sentido amplo serve como um “pequeno pedaço de legislação”<sup>42</sup>, determinando a forma como deve ser resolvido um conflito quando se reveste dos atributos de um precedente, ou influenciando o convencimento do julgador quando se estabelece como jurisprudência. O que pretendo destacar aqui é a potencial riqueza de argumentos que as duas perspectivas proporcionam ao julgador por permitirem uma análise mais completa do direito que está em questão.

No dia a dia encaramos a perspectiva prospectiva com mais naturalidade, a utilizamos com muita frequência ao projetar o resultado das escolhas, modular seus efeitos e assim potencializar os ganhos econômicos, afetivos, sociais e etc. Todavia, no exercício da função jurisdicional, principalmente em primeira instância, a perspectiva retrospectiva é tão forte que também se torna natural. O processo judicial, em geral, está concebido para determinar o vencedor da disputa e os possíveis efeitos de uma decisão no futuro são ponderados apenas nos casos-limite pelos tribunais em segunda instância ou em sede de recursos extraordinários. Mas o uso da doutrina dos precedentes, na tradição da *common law*<sup>43</sup>, acaba por tornar os tribunais, no momento de firmar seus precedentes, mais preocupados com a perspectiva prospectiva em função de seus efeitos.

Disso decorre que os tribunais são induzidos a realizar, necessária e continuamente, um *trade-off* entre as perspectivas retrospectiva e prospectiva. Por exemplo, pode não existir uma

---

<sup>41</sup> FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*. University of Chicago Press, 2008, p. 5.

<sup>42</sup> FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*. University of Chicago Press, 2008, p. 6-7.

<sup>43</sup> FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*. University of Chicago Press, 2008, p. 6.

regra que proíba o julgador de determinar que o terapeuta de um policial afastado por problemas psicológicos (decorrentes de uma acusação de execução de um suspeito desarmado) entregue suas anotações sobre as sessões em que o policial comentou sobre o incidente<sup>44</sup>. Mas o fato dela não existir não implica, necessariamente, no seu uso pelo tribunal. Se, sob o ponto de vista retrospectivo, uma decisão como essa seria tentadora – afinal de contas a informação existe e foi produzida pelo investigado –, sob o ponto de vista prospectivo ela seria condenável. Ao ser prospectivo, o tribunal procuraria ponderar os níveis de incentivos às partes de forma a optar por aquele que se mostrasse menos restritivo no futuro. Uma confissão obtida através da quebra de confiança na relação terapeuta-paciente seria um forte desestimulante ao tratamento dos policiais no futuro, eles não recorreriam mais aos terapeutas ou, se obrigados, seriam menos sinceros. Em um segundo caso a informação ou não teria sido produzida, ou não estaria disponível e é por isso que regras vedam o uso de informações obtidas dessa forma<sup>45</sup>.

As relações de confiança, como a do terapeuta-paciente ou advogado-cliente, ou de meios ilícitos, como escutas telefônicas, são protegidas pela legislação para evitar que os tribunais tenham liberdade para a realização desses *trade-offs*. O legislador recorre muito à perspectiva prospectiva. Mas existem muitas outras situações, como a do *Napster*<sup>46</sup>, em que os tribunais estão livres para apreciar o problema a partir dessas duas perspectivas. O fato de livros e músicas já existirem e estarem disponíveis (*ex post*) deve servir como argumento favorável à distribuição gratuita deles? A preocupação prospectiva tenderia a questionar se sua distribuição gratuita tornaria menos provável a existência de tantos livros e músicas de qualidade no futuro.

Outro bom exemplo da capacidade de incentivo de uma decisão é aquele em que eu, ao construir uma casa, cometo um erro de cálculo e invado em meio metro a propriedade do meu

---

<sup>44</sup> No exemplo, é preciso abstrair que existe uma vedação a provas obtidas dessa maneira.

<sup>45</sup> FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*. University of Chicago Press, 2008, p. 8-9.

<sup>46</sup> O *Napster* foi a primeira ferramenta de compartilhamento que permitia o acesso gratuito a músicas de terceiros, ela construía uma rede descentralizada e de difícil controle porque unia diretamente os usuários, cada desktop era um servidor de músicas e um ponto de acesso. Foi o primeiro grande embate jurídico da era digital e sua condenação mudou o modelo de negócios da indústria fonográfica além de, para muitos, fundar a “cultura do compartilhamento”. Para mais, veja CABRAL, Rafael. *Napster no tribunal - O dia em que a indústria fonográfica escolheu o caminho errado*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 7 dez. 2009. Disponível em < <http://link.estadao.com.br/noticias/geral,napster-no-tribunal---o-dia-em-que-a-industria-fonografica-escolheu-o-caminho-errado,10000045735> >. Acesso em 12/02/2017.

vizinho<sup>47</sup>. Das duas uma, ou a casa fica onde está e indenizo meu vizinho pela sua perda com meu erro, ou derrubo tudo o que construí para além da minha propriedade. Pode ser que a indenização seja vantajosa frente ao que investi na construção ou pode ser que uma demolição compulsória consuma mais do que me custaria comprar aquele meio metro de propriedade do meu vizinho pelo seu preço de mercado, mas acontece que o meu vizinho não quer ser compelido a me vender sua propriedade. Esta é uma situação onde independentemente da decisão, alguém se sente lesado.

Em casos como esse, o forte desincentivo ao conflito com o estabelecimento de um precedente, *prima facie*, excessivo e desproporcional pode ser o mecanismo mais eficiente ao nível sistêmico para orientação dos *players* – particulares, entes estatais, organizações privadas, por exemplo - e um tribunal superior guiado pela preocupação prospectiva pode vir a escolher essa opção. Todavia, sua iniciativa pode ser inócua se o tribunal inferior não se sentir persuadido por essa preocupação prospectiva ou não entender estar limitado pela autoridade do precedente firmado. E, na hipótese de assumir ainda uma perspectiva preponderantemente retrospectiva, é possível até que decida de forma diametralmente oposta, alegando defender valores de justiça ou equidade. Isso pode fazer com que o sentimento geral seja o de se estar diante de uma loteria, as instituições acabam não conseguindo passar uma impressão de atuação sistêmica e expressões como “cada cabeça uma sentença” parecem estar justificadas pela prática.

A tentativa de clarificar, por meio de exemplos, a questão do incentivo como um *trade-off* necessário e contínuo de um tribunal entre as duas perspectivas que varia desde a circunstância onde não há liberdade por opção do legislador (como quando existem regras de exclusão de provas, por exemplo) até ampla autonomia (onde existe o risco potencial de decisões sucessivas ou concomitantes diametralmente opostas) pode ser ampliada para identificar as relações de incentivo no conjunto de tribunais que compõem o sistema judicial. Considerando que a autoridade dos tribunais irradia de um ponto comum, quanto mais próximo o tribunal está desse ponto, ou seja, quanto mais central, maior sua autoridade e, conseqüentemente, mais influente deve ser o seu incentivo. Isso estabelece uma relação de precedência entre as instâncias centrais e as instâncias periféricas, o que explica em parte a utilidade da doutrina do precedente.

---

<sup>47</sup> FARNSWORTH, Ward. The legal analyst: a toolkit for thinking about the law. University of Chicago Press, 2008, p. 7-8.

O sistema judicial será tão mais consistente e coerente quanto melhores forem as maneiras das instâncias centrais repercutirem seus incentivos nas instâncias periféricas. Aqueles que estão localizados mais centralmente têm como atribuição a orientação (uniformização) dos demais. Sua centralidade tende a dar maior visão do todo, o que combinado à perspectiva prospectiva procura gerar uma maior organicidade. Súmulas, teses, orientações jurisprudenciais, *leading cases*, precedentes, todos são instrumentos desenvolvidos para repercutir posicionamentos centrais à periferia. O que varia de um instrumento para outro é o grau de repercussão, ou seja, a força do dever de observância da instância inferior e, conseqüentemente, o quanto ela deve argumentar para poder se afastar da orientação dada.

No caso de um precedente já firmado, a força do dever é alta e sua aplicação exigiria a preponderância do raciocínio retrospectivo e pouca argumentação. Para justificar a aplicação de um precedente basta demonstrar que os fatos do caso estão localizados na sua área de influência. O inciso VII, art. 489 do CPC/2015 conduz ao entendimento de que o raciocínio por precedente, nas instâncias inferiores, deve ser o modo de raciocínio padrão em função de um dever de obediência que, apesar de não ser absoluto, é forte. Assim, é preciso distinguir o raciocínio envolvido na aplicação do precedente (pelas instâncias inferiores) do raciocínio envolvido na formação de um precedente (pelas instâncias superiores), já que este é caracteristicamente um processo diverso. Durante o processo de formação a preponderância é caráter prospectivo, embora não seja possível prescindir do caráter retrospectivo em função da necessidade de manter a segurança jurídica. A argumentação não deve ser sucinta, é preciso explicitar o problema que se pretende resolver, apontar a solução, justificar a escolha e limitar a aplicabilidade. Trata-se, pois, de um exercício de racionalidade da Ciência do Direito para igualar, enquanto abstração, aquilo que é materialmente desigual<sup>48</sup>.

### 3.3 A ARGUMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Este trabalho está preocupado, principalmente, em identificar, a partir do uso por agentes competentes em situações cotidianas da função adjudicatória, as possíveis significações do precedente na prática dos tribunais. A principal forma de compreender as

---

<sup>48</sup> DE GIORGI, Raffaele. Ciencia del derecho y legitimación. Universidad Iberoamericana, 1998, p.36.



razões que levaram o julgador a alcançar um resultado, mesmo sem desconsiderar a crítica dos realistas jurídicos de que existem formas de usar a retórica para manobrar<sup>49</sup>, são aquelas apresentadas durante o seu processo de justificação da decisão, sua argumentação. A justificação das decisões, apesar de qualquer objeção pertinente, ainda representa a melhor forma de conhecer a “cabeça do juiz”.

A primeira seção deste capítulo teve o escopo de apresentar os principais aspectos dos conceitos de decisão influente e de precedente vinculante tentando clarificar como eles podem ser articulados pelo argumentador para justificar o resultado alcançado. A seção também cuidou de fazer uma distinção entre a decisão judicial que recorre à analogia para alcançar o resultado e a decisão que decorre da aplicação de um precedente, destacando que os dois tipos de decisão são distintos porque implicam formas de raciocínio e argumentação que não são, necessariamente, iguais.

Já a segunda seção teve como objetivo apresentar duas formas de raciocínio que influenciam a tomada de decisão à medida que fazem o julgador considerar, (i) retrospectivamente, o conjunto de decisões com pressupostos fáticos e resultados similares que dão peso à decisão atual ou a regra que foi estabelecida pelo precedente vinculante com o objetivo de prever o resultado e aumentar a eficiência cognitiva e decisória; ou, (ii) prospectivamente, as consequências de uma decisão que se afaste desse conjunto de decisões similares e represente um *ponto fora do padrão* de decisões ou se desvincule da regra do precedente e abra espaço para mais discussão acerca do direito em casos similares. Também foi demonstrada que as duas perspectivas influenciam a doutrina do precedente à medida que dão sentido à precedência das instâncias superiores sobre as inferiores, tanto a nível atômico em que se reconhece sua genuína autoridade, quanto a nível holístico em que se respeita e obedece progressivamente à razão de sua utilização e aceitação pela comunidade jurídica.

Nesta terceira seção serão apresentados alguns conceitos acerca da argumentação que são importantes para a estruturação da análise do caso, um é especialmente importante por dizer respeito à distinção entre a forma substantiva e institucional de argumentação. O processo de argumentação pode, ao longo do tempo e da cadeia de autoridade, tornar uma consideração individual fundamentada extra juridicamente em uma determinação institucional

---

<sup>49</sup> WALD, Patricia M. The rhetoric of results and the results of rhetoric: Judicial writings. The University of Chicago Law Review, v. 62, n. 4, p. 1419, 1995.

compreendida irrestritamente como jurídica. Assim, a importância do estudo da argumentação reside no fato dela ser o resultado objetivo da articulação de todos os conceitos apresentados e trazer indícios do raciocínio desenvolvido e da compreensão acerca das decisões influentes e precedentes alcançada pelos julgadores.

### 3.3.1 A distinção entre argumentos práticos, teóricos, institucionais e substantivos

Muito se discute se os métodos de raciocínio e argumentação utilizados pelos profissionais do direito são (ou não) diferentes daqueles utilizados por pessoas comuns em suas vidas cotidianas<sup>50</sup>. Apesar de toda dedicação dada ao tema, essa ainda é uma questão em aberto, sendo certo apenas que o processo de argumentação em geral está relacionado com a forma como os indivíduos justificam publicamente suas conclusões e determinadas técnicas de argumentação, como o silogismo jurídico, são características do processo de tomada de decisão no contexto jurídico<sup>51</sup>. Uma distinção particularmente útil é aquela que permite reconhecer quando o argumentador se apoia em argumentos práticos e teóricos. Argumentos práticos, normativos ou prescritivos são aqueles que procuram estabelecer conclusões sobre como as coisas *devem ser*, *deveriam ter sido* ou *deverão ser*; argumentos teóricos, descritivos ou factuais, de maneira diversa, são aqueles que procuram estabelecer conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão<sup>52</sup>. Profissionais do direito costumam utilizar a argumentação prática - utilizando para tanto, por exemplo, as deduções do silogismo, semelhanças da analogia e induções do precedente - com muito mais frequência, porque a operação de justificação de uma decisão em sentido amplo deve ser capaz de alcançar conclusões a respeito de como se deve agir em determinada circunstância.

Outra distinção importante nas formas de argumentação, e central para o objetivo deste trabalho, é aquela que diferencia as formas de argumentação em substantiva e institucional<sup>53</sup>. Essa tese descritiva sobre a prática do direito nos diz que a argumentação de

<sup>50</sup> SCHAUER, Frederick. Is there legal reasoning? In: THINKING LIKE A LAWYER. Harvard University Press, 2009.

<sup>51</sup> SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, n. 1, p. 142.

<sup>52</sup> SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. pp. 29-30.

<sup>53</sup> MacCormick buscou diferenciar a argumentação prática em dois subtipos ao identificar a existência de argumentos que compartilham o fim, mas não os meios de alcançar as conclusões. Shecaira e Struchiner defendem que essa distinção é útil e aplicável à argumentação teórica, uma vez que o processo legal molda esse tipo de argumentação tornando-a, essencialmente, institucional. Veja SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER,

profissionais dessa área é predominantemente institucional, ou seja, nos diz que profissionais do direito tendem a justificar suas conclusões preferindo o apelo a regras e procedimentos previamente estabelecidos às considerações substantivas que demandem, por exemplo, recorrer a conceitos do campo da economia. Existem razões para preferir uma forma à outra, mas o que gostaria de destacar agora é que essa distinção possui três características importantes: ela pressupõe a existência de extremos hipotéticos, aloca as práticas reais em pontos entre esses extremos, e é capaz de conformar os casos necessariamente inclassificáveis por tratar a questão como uma questão de grau<sup>54</sup>.

Assim, a argumentação desenvolvida no bojo de um processo decisório pode ser caracterizada pela justificação da persuasão do julgador, implicando o frequente recurso aos argumentos substantivos com o objetivo de dar suporte a sua análise do conteúdo do conjunto de decisões selecionadas pelo julgador para formar o paradigma aplicável, ou a argumentação pode ser caracterizada pela percepção de um dever de observância à decisão (precedente) que implica abster-se de qualquer consideração acerca do conteúdo da decisão (precedente) para restringir-se a aplicar a *ratio decidendi* formulada previamente, justificando essa escolha com base na similaridade entre as questões de direito dos casos e na resolução institucionalmente alcançada no caso anterior.

Existe uma fábula que considero relevante para ilustrar a distinção entre argumentos institucionais e substantivos. Ela conta que, uma vez, na fazenda, a galinha procurou a o porco para sugerir que fizessem um café da manhã especial em homenagem ao fazendeiro que era muito dedicado à fazenda. A galinha propôs que nessa parceria ela entraria com os ovos e o porco, com o bacon. Depois de refletir sobre a proposta, o porco respondeu que não poderia participar da homenagem ao fazendeiro, porque ele estaria totalmente comprometido, enquanto ela estaria apenas envolvida. Em nosso dia a dia estamos sujeitos a diversos graus de envolvimento e comprometimento e julgadores, da mesma forma, também estão. A liberdade de alcançar o resultado que lhe parece ser o melhor resultado consideradas as peculiaridades do caso concreto tem um preço, o julgador se compromete com os termos da decisão à medida que justifica sua decisão preponderantemente de forma substancial. Quanto mais restrita for essa liberdade, menor o grau de compromisso, uma vez que o recurso à

---

Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, n. 1, p. 126-143.

<sup>54</sup> SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. pp. 39-40.

literalidade de uma regra, à jurisprudência ou ao precedente envolvem o julgador com uma decisão que já foi chancelada pela instituição.

No caso da fábula do Porco e a Galinha, o comprometimento do porco significava o seu sacrifício. Para o julgador, justificar sua decisão por meio de uma argumentação exclusivamente substantiva significa se comprometer e aceitar a potencial consequência de ser considerado como ativista<sup>55</sup>. E isso parece ser assim, porque uma decisão que desconsidera a posição institucional *ex ante facto* – aquela encontrável nas fontes do direito – para explicitar preferências pessoais - mesmo aquelas que estão suportadas por um paradigma reconhecido socialmente como, por exemplo, uma teoria econômica – dificilmente escapa de ser considerada arbitrária em certo sentido, já que, inevitavelmente, implicou a seleção *ex post facto* de um entre vários critérios possíveis de orientação. Já quando o julgador opta por argumentar institucionalmente, ele assume um critério de orientação que já estava determinado *ex ante facto* por outras autoridades e assim distribui o peso dessa decisão entre todos aqueles que, assim como ele, consideraram ser aquele um critério justo.

### 3.3.2 O processo de institucionalização dos argumentos

Por que julgadores se preocupam tanto em selecionar e citar decisões judiciais anteriores que acompanham seu entendimento – aparentemente no intuito de demonstrar o peso de autoridade da sua decisão - mesmo quando existem julgados que vão em sentido diverso e também gozam desse peso de autoridade? Citar a jurisprudência (quando lhe falta uniformidade) é a variante mais fraca no espectro de recurso à autoridade disponível em que o grau mais forte é aquele atribuído à lei. E embora essa prática seja questionável por um lado, não se pode negar que ela é, sem dúvida, a forma mais comum de recorrer à autoridade<sup>56</sup> e buscar algum grau de consistência entre as decisões, e isso porque ao citar algo se afirma implicitamente que o que foi citado deve ser levado a sério<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Só deve ser considerado verdadeiramente ativista aquele que, além de dar “prioridade a suas convicções substantivas, em detrimento das regras e procedimentos jurídicos”, insiste em sua posição “justa” mesmo quando as fontes do direito apontam em sentido contrário. SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. pp. 42-43.

<sup>56</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.74.

<sup>57</sup> A tradição jurídica americana, por exemplo, diverge sobre citação do direito estrangeiro porque muitos não desejam estabelecer esse direito como uma fonte que deva ser levada a sério. SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.80.

As fontes podem ser susceptíveis de serem respeitadas e obedecidas em virtude de um ato formal de vontade (como quando o CPC afirmou o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência), mas o mais comum é que uma fonte adquira esse *status* como resultado de processo menos formal a partir do qual elas se tornam progressivamente mais susceptíveis de serem respeitadas e obedecidas à medida que vão sendo cada vez mais utilizadas e aceitas, mesmo que de forma difusa e não linear<sup>58</sup>. É nesse aspecto que uma citação no corpo da decisão judicial tem um duplo aspecto que é importante, ela pode servir para indicar que aquilo que foi citado é confiável, bem como pode servir para indicar que aquele tipo de fonte é reconhecido como legítimo.

Uma distinção central para a compreensão desse processo está na percepção de autoridade das decisões pelos julgadores. A autoridade pode ser considerada teórica quando seu nível de conhecimento e habilidade alcança tal credibilidade que sua opinião sobre determinado assunto não dá espaço para opiniões concorrentes ou divergentes de quem possui um nível médio de conhecimento ou habilidade. A autoridade teórica fornece razões para a crença em alguma coisa, diferentemente da autoridade prática que fornece razões para se fazer alguma coisa (ou seja, fornece razões para agir). Essas são as características fundamentais do que pode ser considerado como autoridade teórica ou prática, ou ter autoridade teórica ou prática<sup>59</sup>.

Outra maneira de pensar é considerar que a afirmação feita por alguém que é reconhecido como uma autoridade teórica traz, implicitamente, uma série de outras boas razões, além da razão explícita, para se acreditar em alguma coisa. A autoridade teórica funciona como um intermediário entre razões substantivas que formam a crença em alguma e aquele que, mesmo sendo leigo, deve formar algum juízo sobre o assunto. Ou ainda, a autoridade teórica serve como um avalista entre as razões substantivas para acreditar em alguma coisa e aquele que possui um nível médio de conhecimento ou habilidade.

Quando a perícia e diligência de uma autoridade teórica são notórias a ponto de fazer com que se acredite em qualquer resultado alcançado, então as conclusões da autoridade teórica passam a ser consideradas como independentes do conteúdo. Nesse caso, a justificativa da crença não está no conteúdo daquilo que é afirmado, e sim no modo como a

<sup>58</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.80.

<sup>59</sup> LAMOND, Grant. Persuasive authority in the law. The Harvard Review of Philosophy, v. 17, n. 1, p. 18, 2010.

autoridade teórica opera, ou seja, a crença está fundada no pressuposto de que a conclusão da autoridade é melhor do que qualquer julgamento próprio que se possa fazer, por ser ela a consideração cuidadosa de toda a informação disponível<sup>60</sup>. O relevante nesse processo de abstração do conteúdo de uma conclusão da autoridade teórica - ou seja, uma conclusão que fornece razões substantivas para acreditar em alguma coisa - é que ele aproxima o efeito dessa conclusão (que deixa de ser mais um fator na formação livre do próprio convencimento para ser a razão de agir de determinada forma) do efeito de uma conclusão da autoridade prática.

A conclusão de uma autoridade prática pressupõe obediência, mas não uma obediência em sentido pejorativo, significando subserviência, o dever de observar uma conclusão da autoridade prática é consequência da validade dessa conclusão. Não há espaço para considerações acerca da sensatez, utilidade ou pertinência da conclusão quando a autoridade prática age dentro do seu escopo de atuação, de sua competência. É uma questão de eficiência decisória e cognitiva e assim, a simples existência da conclusão é considerada como uma boa razão para agir conforme instruído<sup>61</sup>. Os relacionamentos caracterizados por uma autoridade prática envolvem, necessariamente, a alocação do poder decisório em uma das partes. Ter autoridade sobre outra é ter o poder (normativo) de decidir como o outro deve se comportar (dentro de uma gama de ações).

O processo de institucionalização dos argumentos não possui a característica da autoridade prática, mas pode alcançar o mesmo resultado quando os argumentos atingem o nível mais alto da autoridade teórica – importa quem fala e não aquilo que se fala. E quando se considera que a concepção do precedente judicial é fortemente caracterizada pela consciência de serem eles determinações independentes do seu conteúdo, esse processo parece ganhar mais importância. Assim, verificar a ocorrência da aplicação de uma decisão influente como se um precedente fosse (ou seja, verificar o reconhecimento de que uma decisão qualquer possa ser determinante para o resultado não por seu conteúdo, mas pela sua fonte) pode tornar mais claro esse processo menos formal de formação do precedente.

#### **4 PRECEDENTES EM AÇÃO**

---

<sup>60</sup> LAMOND, Grant. Persuasive authority in the law. *The Harvard Review of Philosophy*, v. 17, n. 1, p. 19, 2010.

<sup>61</sup> LAMOND, Grant. Persuasive authority in the law. *The Harvard Review of Philosophy*, v. 17, n. 1, p. 20, 2010.

Este capítulo não tem o objetivo de descrever ou compreender a dinâmica processual envolvida na ação de Recl., ele está centrado na tarefa de verificar *o que é* a doutrina dos precedentes e *como ela funciona* a partir da argumentação desenvolvida pelos julgadores brasileiros<sup>62</sup>. Com a reforma do CPC, o sentimento geral, como bem ilustrado pelo Ministro Og Fernandes do STJ, é o de que “vivemos um momento em que o processo civil conversa com o velho sistema romano, mas dialoga com o sistema de precedentes”<sup>63</sup>, embora não seja raro que ministros entendam que “precedentes existem para todos os gostos”<sup>64</sup>. E desse hibridismo constituído, emergem algumas questões relevantes: no que consiste esse sistema? O que deve ser considerado como um precedente? Por que os tribunais pensam que precedentes devem vincular? Em que medida deve ocorrer essa vinculação? Todas questões empíricas ligadas diretamente à prática dos tribunais e, por consequência, à percepção de utilidade pelos seus membros.

Em se considerando o precedente como aquela regra formulada judicialmente, a *ratio decidendi*, cujos principais atributos são vinculatividade e autoridade em algum grau, pareceu útil começar esse empreendimento empírico a partir do tipo de ação que objetiva garantir a autoridade de um tribunal sobre aqueles que lhe são vinculados: a Reclamação. O novo Código de Processo Civil insere a Recl. no rol de instrumentos aptos a induzir a criação de uma cultura de respeito a precedentes judiciais obrigatórios<sup>65</sup>. Assim, a análise da Recl. n.º 30.193/SP no STJ<sup>66</sup>, a primeira a ser ajuizada após a vigência no novo código de processo

<sup>62</sup> Não se ignora o fato de que a argumentação possa não refletir, necessariamente, tudo aquilo que os juízes pensam intimamente sobre os precedentes, mas considera-se que, dentre os meios disponíveis, esse seja o mais fidedigno.

<sup>63</sup> POMBO, Bárbara. Sistema de precedentes do novo CPC impõe primeiro desafio ao STJ. Revista eletrônica JOTA, Brasília, 5 out. 2016. Disponível em < <https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio-ao-stj-05102016> >. Acesso em 11 out. 2017.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Questão de Ordem. Ausência de intimação da sessão de julgamento. Alegação de prejuízo. Inocorrência. Rejeição. Mandado de Segurança 33.864 Distrito Federal. Impte.: Claudia Cristina Sobral. Impdo.: Ministro de Estado da Justiça. Rel.: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 4 de abril de 2016.

<sup>65</sup> PERRONE, Patrícia. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil. Universitas Jus, v. 26, n. 2, 2015.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal e Penal. Reclamação. Decisão de Magistrado de 1º Grau que determinou a execução provisória da pena. Suposto descumprimento de Habeas Corpus desta Corte que garantira ao Réu o direito de recorrer em liberdade e que transitou em julgado. Superveniente modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução provisória da pena (HC 126292/SP). Inexistência de afronta à coisa julgada. Reclamação improcedente. Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Juri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

civil<sup>67</sup>, parece promissora para verificar a concepção e a dinâmica de uma doutrina dos precedentes a partir da argumentação desenvolvida pelos julgadores.

Nessa ação impetrada junto ao STJ em 04/03/2016, o Reclte. buscou confrontar o despacho do juízo de execução penal do TJ/SP, datado de 22/02/2016, com o HC n. 308.788/SP de 01/09/2015 que garantiu a ele a prerrogativa de não ser preso preventivamente. A decisão do TJ/SP foi inspirada pela divulgação oficiosa do julgamento do HC 126.292/SP no STF, em que ficou decidido que no caso sob análise seria constitucional a execução provisória da pena, uma vez que os recursos extraordinários não causam, necessariamente, a suspensão do processo. Além do HC conquistado junto ao STJ, o Reclte. alegava ainda que seus recursos extraordinários impetrados após a confirmação da sentença em segunda instância ainda não haviam sido julgados pelo STF e STJ, o que afastaria o trânsito em julgado da sentença que era a condição para a execução provisória da pena de acordo com a sentença proferida em primeira instância.

O pano de fundo que serve à argumentação tanto da defesa do Reclte., quanto do MP e dos julgadores envolvidos direta ou indiretamente na solução da questão é a mudança de orientação jurisprudencial<sup>68</sup> iniciada com a decisão do HC 126.292/SP em 17/02/2016 pelo plenário do STF. E assim, parece importante destacar que, para a análise, embora a argumentação dos julgadores se incline para a discussão acerca da dinâmica do processo penal constitucional – fazendo emergir a discussão acerca de conceitos como prisão cautelar e execução provisória -, o conteúdo dos argumentos será secundário quando comparado à forma como os julgadores os utilizaram para estruturar as justificações das suas conclusões. Pretende-se assim evitar qualquer discussão doutrinária acerca do processo penal constitucional.

Mas antes de começar é preciso ressaltar que este trabalho procurou avançar na análise do papel do raciocínio jurídico e da argumentação tendo como pressuposto a adoção pelo legislador, através do CPC/2015, de um sistema de precedentes a ser operacionalizado pelos membros do Judiciário. A tarefa de compreender um conjunto de decisões tomadas por estes

---

<sup>67</sup> Parece estranho que o caso sob análise orbite a esfera processual penal quando a mudança que fundamenta a hipótese de trabalho está ligada à esfera do processo civil, mas essa estranheza pode ser superada sem maiores controvérsias pelo fato de que existem diversos pontos de convergência entre os dois processos e a interpretação extensiva e aplicação analógica de regras do processo civil é permitida pelo art. 3º do Código de Processo Penal à semelhança do que acontece no processo do trabalho, por exemplo.

<sup>68</sup> Este foi exatamente o termo utilizado pelo relator no seu voto.



membros a partir do novo paradigma foi facilitada pela distinção entre aquilo que funciona como uma decisão influente e aquilo que funciona como um precedente em sentido estrito. A distinção feita no capítulo 2 dá sentido ao que os julgadores dizem ou fazem no desempenho de suas atividades, até mesmo quando não há referência expressa a um desses termos. Ao que parece, ela captura bem as formas através das quais decisões anteriores podem influenciar, em maior ou menor grau, decisões atuais.

#### 4.1 A PERCEPÇÃO DO RELATOR

A relatoria da Recl. coube ao Min. Reynaldo Soares da Fonseca que, ao apresentar o caso à Terceira Seção<sup>69</sup> do STJ, destacou o argumento da defesa em seu relatório, sendo ele: a de que a decisão do Juízo da 5ª Vara do Júri do TJ/SP<sup>70</sup> descumpriu acórdão proferido pela 3ª Seção da Corte no HC n. 308.788/SP ao determinar a expedição de novo mandado para sua prisão com base no recente *precedente* do STF<sup>71</sup>. Assim, ao usar na sua argumentação o termo precedente, a defesa parece ter corroborado o entendimento do juízo de SP quanto à repercussão da decisão do STF no HC 126.292/SP, a de que ela deveria ser considerada como um precedente. A defesa chegou a ressaltar que a decisão pela execução provisória da pena se deu antes da publicação oficial da decisão pelo STF, o que a tornaria oficiosa, o rel. reconhece isso em seu voto, mas considera que a não publicação não obsta sua repercussão, mesmo diante da impossibilidade de conhecer a *ratio decidendi* da decisão do STF.

Talvez o pouco zelo da defesa com o uso do termo precedente tenha relação com a tentativa de elidir qualquer discussão de repercussão constitucional que retirasse do STJ a competência para decidir. A defesa centrou sua tese na contradição entre o dispositivo da sentença condenatória em primeira instância que previa expressamente a prerrogativa de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado (o STJ ao conceder o HC em 2015 levou em consideração esse dispositivo) e o novo mandado de prisão em função da “mudança de

<sup>69</sup> As seções do STJ são especializadas, a Terceira Seção trata de Direito Penal e é composta por ministros da Quinta e Sexta Turmas. A Seção julga mandados de segurança, reclamações e conflitos de competência, além de serem responsáveis pelo julgamento dos recursos repetitivos.

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Penal de Competência do Júri Apelação Criminal. Despacho da 5ª Vara do Júri, São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2016.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Pcte.: Marcio Rodrigues Dantas. Coator.: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016.

orientação jurisprudencial” do STF em 2016 que considerava ser possível a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Os recursos, extraordinário e especial, interpostos traziam essa contradição como fundamento, a defesa pretendia descaracterizar a ocorrência de condenação em segunda instância, mas a Presidência do TJ/SP os inadmitiu.

Ante a possibilidade de agravar a inadmissão pelo TJ/SP e assim forçar a manifestação do STF e STJ na questão, a defesa trabalhava com o paradigma de que o STJ consideraria idênticas as circunstâncias da Recl. e do julgamento do HC (invocado como precedente). Já o MPF atuando na Corte considerava a ação improcedente porque não havia desobediência à decisão no HC 308.788/SP, o STF decidiu pela possibilidade constitucional da execução provisória da pena e existiam “decisões do STJ que [já acolhiam] o entendimento da Suprema Corte”<sup>72</sup>. Ficou claro que, tanto o MPF, quanto a defesa invocavam decisões pretéritas (precedentes em sentido cronológicos) que poderiam influenciar a decisão presente, cabendo ao rel. justificar à Turma a escolha por um ou outro. E essa dinâmica de argumentação que envolve a seleção de precedentes pelas partes para persuadir o juízo parece corroborar a visão de que, na prática, as disputas que envolvem a aplicação de um precedente se caracterizam pela afirmação, por um lado, de um precedente que controla o resultado, enquanto, por outro lado, se tenta operar uma distinção entre os casos para que o resultado agora não precise ser, necessariamente, o resultado do passado<sup>73</sup>.

A percepção do rel. acerca da função da ação de Recl. também merece destaque. Ao esclarecer no voto que cabe Recl. da parte interessada ou do MP quando é o caso de tutelar o descumprimento de decisão do próprio STJ envolvendo a parte Reclte. ou de garantir que a instância inferior aplique devidamente a tese jurídica firmada em recurso repetitivo (IRDR), incidente de assunção de competência (IAC), RE ou REsp com repercussão geral; o rel. distingue o desrespeito à autoridade da decisão<sup>74</sup> (enquanto norma individualizada) da não

<sup>72</sup> O Parecer do MPF foi a seguinte: Reclamação. Homicídio qualificado decisão deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça que concedeu ao Reclamante o direito de recorrer em liberdade (HC n 308.788/SP). Decisão do Supremo Tribunal no HC 126.292/SP. Possibilidade de execução provisória da pena após trânsito em julgado em 2ª instância. Alegação de desobediência à decisão deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inocorrência. Mudança jurisprudencial. Decisões do STJ que acolhem o entendimento da Suprema Corte. Pela improcedência da Reclamação. Para mais, veja: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto na Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

<sup>73</sup> SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press, 2009, p.58.

<sup>74</sup> Inciso II, art. 988 do CPC/2015.

observância de um acórdão<sup>75</sup> (à semelhança do precedente em sentido estrito). No primeiro caso, o intento é claramente no sentido de dar eficácia máxima à decisão concreta da instância superior; no segundo, o intento parece ser o de criar e manter uma cultura de respeito a precedentes judiciais no seguinte sentido: determinadas manifestações de instâncias superiores servem como regras para decidir nas instâncias inferiores. É como forma de limitar a discricionariedade do julgador que uma tese jurídica aproxima-se do precedente da *common law*, apesar de toda a diferença estrutural dos dois tipos de enunciados.

Voltando ao mérito da Recl., o relator acompanhou o entendimento do MPF e se manifestou no sentido de que a decisão do STJ não foi desrespeitada pelo TJ-SP. Para ele, no HC 308.788/SP o tribunal superior garantiu a liberdade do Reclte. pela ausência de fundamentos para a decretação da prisão preventiva após a manutenção da condenação pela segunda instância do tribunal inferior, o que seria diferente da situação atual. O novo mandado do tribunal inferior tinha como fundamento a “execução provisória da pena, com amparo em precedente do Supremo Tribunal Federal no qual houve uma mudança substancial do seu entendimento no ponto”<sup>76</sup>. Ainda segundo o relator, a Corte não poderia desconsiderar o “entendimento adotado”, ainda que se soubesse que referida decisão colegiada não é dotada de efeito vinculante.

Esses argumentos do rel. chamam a atenção, à medida que parecem ser contraditórios. Se o que deve ser observado, por estar sujeito à ação de Recl., é o acórdão que goza do *status* conferido pelo art. 988 do CPC (e que poderia ser considerado assim como o precedente), por que o relator afirmou que não seria possível desconsiderar um entendimento adotado de forma oficiosa? E porque não desconsiderar um entendimento que, reconhecidamente, não tem efeito vinculante? O que se poderia considerar como um entendimento? O termo entendimento adotado parece aproximar-se do termo tese jurídica, uma vez que ambos estão relacionados à questão de direito e parecem ter a força do precedente. Todavia, seria possível também que o termo entendimento adotado, na visão do relator, estivesse associado ao termo *ratio decidendi*. A razão que não obriga, mas exerce uma influência e pode justificar a íntima convicção.

---

<sup>75</sup> Os acórdãos que devem ser observados são aqueles proferidos em julgamento de IRDR ou de IAC (inciso IV, art. 988 do CPC/2015), ou ainda, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (inciso II, §5º, inciso IV do art. 988 do CPC/2015).

<sup>76</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Penal de Competência do Júri Apelação Criminal. Despacho da 5ª Vara do Júri, São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2016.

É dessa maneira que parece possível conciliar a contradição dos argumentos. Houve um uso impróprio do termo precedente. Não havia um precedente do STF (em sentido estrito e de vinculação forte) mudando substancialmente o entendimento predominante desde 2009, havia apenas um precedente (decisão influente de vinculação fraca) útil para justificar a íntima convicção do julgador. Tão influente que, no seu curto tempo de pré-existência, foi capaz de influenciar a decisão do STJ em outros casos, operando o processo de institucionalização da execução provisória da pena. Os três casos anteriores à Recl. acabaram sendo determinantes para o resultado. Apesar de o precedente de vinculação forte guardar mais semelhança com a forma como utilizamos a tese jurídica<sup>77</sup> foi possível identificar, especificamente no terceiro dos três casos que serão apresentados a seguir, que uma outra maneira de formação do precedente de vinculação forte – relacionada ao processo de institucionalização dos argumentos – agiu para progressivamente dar peso à decisão influente de vinculação fraca<sup>78</sup> até o ponto em que ela se tornou cogente a ponto de funcionar como um precedente. Assim, parece importante analisar os processos decisórios nos EDcl no REsp 1484415/DF<sup>79</sup>, na QO na Ação Penal nº. 675/GO<sup>80</sup> e no HC 352845/SP<sup>81</sup> pelo seu papel determinante na posição defendida pelo relator.

<sup>77</sup> Ambas exigem uma declaração de vontade da autoridade para conferir os efeitos vinculantes à decisão como resultado de um processo decisório que é mais concentrado, no Brasil a formação do precedente deve se dar de acordo com um dos incidentes previstos no art. 988 do CPC/2015 - IRDR, IAC, RE ou REsp com repercussão geral.

<sup>78</sup> Seria possível afirmar que uma decisão anterior passa a ser influente e a vincular de forma fraca no momento em que é invocada por um dos interessados. O ato de invocar uma decisão considerada influente, prevista no Inciso VI, §2º, art. 489 do CPC/2015, impõe ao julgador, sob pena de invalidade da sentença, o enfrentamento das razões e do resultado alcançados nesse caso precedente invocado quando o julgador entende que o resultado agora deve ser distinguido do resultado no caso anterior.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Embargos de Declaração. Alegação de Omissão. Fraude ao Caráter Competitivo e Corrupção Passiva. Atipicidade. Não Ocorrência. Objetivo de Prequestionamento de Matéria Constitucional. Impossibilidade. Pedido do Ministério Público para início da execução provisória. Presunção de não culpabilidade. Marco definidor. Réu condenado pelo tribunal de origem. Prerrogativa de função. Recurso Especial já analisado. Ausência de efeito suspensivo. Novas diretrizes do STF. Possibilidade. EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Questão de Ordem. Ação Penal Originária. Desembargador. Tribunal de Justiça. Acórdão Condenatório. Embargos Declaratórios. Rejeitados. Exaurimento da cognição de matéria fática. Possibilidade de expedição imediata de mandado de prisão em face do réu. QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus. Estupro de vulnerável. Concurso material. Apelação julgada. Expedição do mandado de prisão. Ausência de trânsito em julgado. Execução provisória da pena. Ofensa à presunção de inocência. Inocorrência. Ordem denegada. Habeas Corpus nº 352.845 - SP. Impto.: Guilherme Forlevize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

O primeiro processo decisório aconteceu na Sexta Turma<sup>82</sup> do STJ, no âmbito dos EDcl no REsp 1484415/DF, o primeiro caso em que repercutiu o HC 126.292/SP do STF. Ele é particularmente relevante por marcar o início do processo de institucionalização da possibilidade de execução provisória da pena no STJ, a partir da decisão no STF. E o marco inicial é o pedido do MPF, onde se postulava a baixa imediata dos autos originais à primeira instância para a execução da pena, uma vez que

O Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos, ao julgar o HC 126.292, cujo acórdão ainda não foi publicado, que a execução provisória da pena não fere o princípio constitucional da presunção de inocência quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário. O precedente aplica-se, com mais razão neste caso, após o julgamento do recurso especial.<sup>83</sup>

Frente ao pedido, a defesa do embargante alegou que

“a Suprema Corte, ao decidir sobre a possibilidade de prisão após confirmação de decisão condenatória em segundo grau, o fez sobre o fundamento de que o apreço da matéria fática se exauria nesta jurisdição” e que “o embargante teve, em razão da prerrogativa de foro, um único julgamento em instância anterior ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, caso confirmada a incidência da aplicação da Súmula nº 07 desta Egrégia Corte, resta negado ao embargante o direito de ver os fatos contra si imputados reanalisados por outra instância, ferindo-se o princípio do duplo grau de jurisdição”.<sup>84</sup>

Para a defesa, a inexistência de qualquer espécie de declaração de inconstitucionalidade não alterava o *status* de validade da norma infraconstitucional que regulava a questão e determinada que a execução só poderia acontecer após o trânsito em julgado (o art. 283 do CPP). Além do fato de que, de acordo com o andamento processual do Habeas Corpus 126.292 - decisão evocada pelo MPF- não havia publicação da decisão no Diário de Justiça Eletrônico, o que impossibilitaria a produção de qualquer efeito no mundo jurídico e serviria, apenas, como substrato para discussão acadêmica.

<sup>82</sup> Nas Turmas são julgados os recursos especiais sem caráter repetitivo, habeas corpus criminais, recursos em habeas corpus, recursos em mandado de segurança, entre outros tipos de processo.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

O rel. desse caso foi o Min. Rogério Schietti Cruz e ele não viu nenhum óbice na utilização da decisão oficiosa do STF pelo MPF. Para ele, após a transmissão da sessão plenária do STF, estavam claros os “contornos do novo posicionamento da Suprema Corte”<sup>85</sup>:

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade.

(...)

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de ‘desarrumação’ do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

Afirmo-o contabilizando as hipóteses de impugnação previstas em nossa legislação processual penal, inclusive as que se apresentam como ações e incidentes processuais, do que resulta o assustador número de 20 (vinte) meios de pedir a revisão de um ato jurisdicional.

(...)

A ilustrar tal constatação, bem empregado foi o exemplo dado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto oral, cuja transcrição encontra-se amplamente divulgada na internet (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>)

(...)

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada ‘doutrina brasileira do habeas corpus’, tamanha elasticidade quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização.

(...)

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positividade na Carta de 1988, o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’) sugere que sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill of Rights, mas também à parte contrária, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

(...)

A esse respeito, aliás, devo certificar minha singela opinião (Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71) de que a necessária correção da notória patologia do sistema punitivo pátrio, no que concerne ao desarrazoado alongamento dos litígios penais, demandaria, entre outras providências, uma nova redação do princípio da presunção de não culpabilidade.

A meu sentir, bastaria, como se faz em tantos países democráticos do mundo ocidental – mencionados, com remissão a recente pesquisa acadêmica, no substancial voto do Ministro Teori Zavascki – escrever tal princípio em nossa

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente até que se prove sua culpa” E nem por isso, como ficou claro no voto do relator, passaríamos a constituir uma nação que rasga a Constituição, que violenta a presunção de inocência ou que invade, arbitrariamente, a esfera de liberdade dos indivíduos.

Impende enfatizar que essa é a redação que consta de praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos, em relação aos quais não se poderia endereçar qualquer tipo de crítica similar às que nos últimos dias têm sido dirigidas, amiúde em tom desrespeitoso, ao Supremo Tribunal e aos seus membros.

(...)

Talvez, sob tal compreensão, se possa analisar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

(...)

Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar.

Por tudo que foi exposto até aqui – e enfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos a serem submetidos ao Poder Judiciário – não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário.<sup>86</sup>

A argumentação do rel. foi preponderantemente substantiva, ele alegou que é preciso ancorar o direito na realidade para superar o problema decorrente da desarrumação do sistema punitivo brasileiro e que há um assustador número de hipóteses legalmente previstas para a impugnação de atos decisórios não utilizam a autoridade como fundamento. O recurso ao exemplo ilustrativo, transcrições de sítios não oficiais da internet e citações a autores estrangeiros e obra do próprio julgador denotam a tentativa de justificar a persuasão do julgador. Uma das conclusões a que ele chega, a que a Suprema Corte acertou ao assumir um papel decisivo nessa rearrumação, também é substantiva e justificada na visão do Min. pela morosidade da via legislativa. Quando buscou ser institucional, tentando transmitir a ideia de

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

que não havia outra escolha a fazer que não aquela emanada da autoridade, recorreu à pirâmide de Kelsen para justificar a deferência.

Os votos vencidos, da Min. Maria Thereza de Assis Moura e do Min. Sebastião Reis Júnior, tinham como principal preocupação o fato de a decisão ainda ser obscura no próprio STF, havia incerteza quanto às razões do voto, quanto à possível modulação da decisão, enfim, sobre a parte prática da decisão. Em seu voto, a Min. fez as seguintes considerações:

Duas coisas têm me causado desassossego, que são as seguintes: primeiro, o acórdão da Suprema Corte não está publicado. Então, temos a notícia do voto, assistimos pela televisão que foi julgado, mas não temos um acórdão formalizado. E vejam que nem mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal(...). Então, confesso que me sinto assim, com uma inquietude muito grande, em simplesmente já mandar prender, sem um acórdão publicado, sem saber se o Supremo Tribunal Federal vai modular, sem que a própria Suprema Corte também esteja já certa de como as coisas vão se dar: se manda para o primeiro grau, se é o Juiz que vai ver, ou se o assunto deve ser deliberado diretamente no tribunal. (...) É nessa linha que considero um pouco prematuro simplesmente mandar cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal sem sequer haver acórdão publicado.<sup>87</sup>

O texto do acórdão da Sexta Turma, datado de 03/03/2016, resumiu-se a destacar a unanimidade na rejeição dos embargos de declaração e o acolhimento, por maioria, do pedido do MPF (expedição de mandado de prisão), embora os votos vencidos deixassem transparecer a existência de uma preocupação natural àqueles que primeiro lidam com uma mudança substancial. O leitor menos cuidadoso ou mais apressado não conhecerá as razões da dissidência dos ministros e isso parece empobrecer o desenvolvimento do direito *case by case* como é comum na tradição americana, por exemplo<sup>88</sup>.

Como era de se esperar, outros casos com essa questão de direito vieram à pauta do STJ, o segundo que gostaria de abordar é o que trata da QO na Ação Penal nº. 675/GO, também invocado como precedente na Recl. sob análise. Uma *questão de ordem* pode ser definida como um incidente apto a dirimir nos colegiados dos tribunais problemas relativos à ordem dos processos ou à observância dos procedimentos regimentais. Nesse caso, a decisão da

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

<sup>88</sup> A dissidência em um Tribunal de última instância pode ser encarada como um “apelo à inteligência de um dia futuro” ou como um artifício para atrair a atenção imediata do público e, assim, impulsionar mudanças legislativas. Muitos acreditam que votos dissidentes aumentam o prestígio da Corte, porque reconfortam aqueles que olham para trás e percebem que pelo menos alguns dos Ministros vislumbraram as consequências da decisão e deram voz à essa preocupação. GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. *Minn. L. Rev.*, v. 95, p. 4-6, 2010.



Corte Especial<sup>89</sup> do STJ, datada de 06 de abril de 2016, foi pela expedição de mandado de prisão “[c]om fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena”<sup>90</sup>.

A cronologia das decisões do STJ e do STF parece importante, e tem sido reiterada durante o trabalho, à medida que auxiliam a tentativa de compreender o que serve como precedente na visão dos ministros. A Min. Nancy Andrigui, relatora desse caso, invocou em abril de 2016 a decisão não publicada do STF (publicação que só veio a ocorrer em 17 de maio de 2016) sem ressaltar esse caráter oficioso da *fonte* como fez o relator nos EDcl no REsp 1484415/DF.

A QO foi suscitada porque a eventual possibilidade de expedição imediata de mandado de prisão foi retirada da pauta de votação pelo Min. Luís Felipe Salomão (ante as considerações do MPF de não haver fato concreto que justificasse, à luz do art. 312 do CPP, restringir a liberdade do réu até o trânsito em julgado) ao final do julgamento da ação penal pela Corte Especial do STJ. A rel. entendeu que, em uma “mudança vertiginosa de paradigma, o STF, como é público, mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão após exaurido duplo grau de jurisdição”<sup>91</sup>. Sua argumentação, essencialmente institucional por implicar a simples aplicação de uma regra, trouxe como razão para decidir apenas a transcrição de parte do voto do Min. Teori Zavascki de 17/02/2016 (lembrando mais uma vez que a publicação oficial do Acórdão e, conseqüentemente, do voto ocorreu somente em 17/05/2016) para concluir que,

Na hipótese dos autos, embora presentes as peculiaridades próprias da competência originária, indubitável o exaurimento da etapa processual voltada ao “exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado” – conforme bem expressou S. Excia., o Ministro Teori Zavascki –, a autorizar o cumprimento imediato da pena.

Para dissentir da relatoria, o Min. João Otávio de Noronha argumentou que deixar de determinar o imediato cumprimento da pena não implicaria divergir do entendimento do STF. Para ele, o prazo razoável do processo deveria servir de *standard* a indicar quando se faz

<sup>89</sup> A Corte Especial é composta pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal e julga as ações penais contra governadores e outras autoridades. A Corte também é responsável por decidir recursos quando há interpretação divergente entre os órgãos especializados do Tribunal.

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrigui. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrigui. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

necessária a adoção de medidas, como a execução provisória da pena, contra a procrastinação no processo. Ele defendeu a prudência na aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal em função do princípio constitucional da presunção da inocência. Esses argumentos podem ser considerados como substantivos à medida que aloca no decisor atual todo o peso da decisão, é o decisor atual que deve demonstrar a superação do *standard*, é ele também quem deve agir prudentemente e ponderar os princípios em jogo para tomar a melhor decisão possível.

O voto-vogal do Min. Raul Araújo acompanhou a dissidência, mas o fez por caminho diverso. Sua argumentação foi institucional mostrando apego a regras e procedimentos previamente estabelecidos e buscou confrontar os textos dos artigos 102 e 105 da CFRB que tratam das competências do STF e STJ, respectivamente. Ele concluiu que a não previsão, nas competências do STJ, de uma alínea como a destinada ao STF para a “execução de sentença nas causas de sua competência originária”<sup>92</sup> não indica a omissão do constituinte, mas antes “um claro aceno para a necessidade de confirmação de uma decisão condenatória, especialmente na instância criminal”<sup>93</sup>. Assim, nas causas de competência originária do STJ, como há a possibilidade de recurso para o STF, falta a competência ao STJ para executar suas próprias decisões.

Em voto-vista, a Min. Laurita Vaz acompanhou a relatora no sentido de autorizar o imediato cumprimento da pena. Seus argumentos foram os de que: (i) o “recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP” foi um “divisor de águas no que diz respeito à efetivação da *jus puniendi* do Estado em matéria penal”<sup>94</sup>; (ii) sendo “a tônica da conclusão” no sentido de que, “após o exaurimento das instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fático-probatória, perde força o princípio da não culpabilidade”<sup>95</sup>, na medida em que os recursos possíveis não possuem efeito suspensivo; (iii) assim, não haveria

maiores dificuldades em usar exatamente o mesmo raciocínio aos julgamentos prolatados pelos Tribunais, Estaduais, Regionais ou mesmo Superiores, no exercício

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vogal na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>93</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vogal na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

da sua competência constitucional nas ações penais originárias – por prerrogativa de foro;<sup>96</sup>

(iv) ainda mais considerando que

a Sexta Turma desta Corte, ao julgar os embargos de declaração opostos no REsp 1.484.415/DF determinou a expedição de mandado de prisão contra o recorrido e o encaminhamento de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, juiz da condenação, para que, por delegação, expeça a guia de recolhimento provisório ao Juízo da Vara da Execução Criminal, vencidos, nesse ponto, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.<sup>97</sup>

As premissas (i), (ii) e (iv) tinham a clara intenção de assegurar a futura conclusão através da autoridade, o que caracteriza a argumentação institucional. Uma das principais formas de assegurar um argumento é fundamentá-lo na autoridade. Mesmo o fato de a Min. citar a autoridade destacando as razões que a autoridade tinha para decidir não desnatura o caráter institucional pela deferência ao julgador. A premissa (iii) foi substantiva, procurou atacar e afastar um dos pontos da dissidência, a de que o STJ não seria competente para executar a sentença nas causas de competência originária, através de um raciocínio extensivo. A partir dessas premissas ela concluiu que, após citar passagem do voto do relator nos EDcl no REsp 1484415/DF, “em nome da segurança jurídica, deve este Colegiado sufragar o entendimento do Plenário da Corte Constitucional”<sup>98</sup> (mesmo não estando o *entendimento* e o acórdão publicados no DJe). Uma variação da doutrina do precedente é identificável na seguinte passagem da Min.,

conforme já tive a oportunidade de consignar em julgados que proferi, o desrespeito a posições pacificadas pelos tribunais pátrios em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. E nem sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica.

Vê-se uma variante da noção de *stare decisis* à medida que o respeito a posições pacificadas implica segurança jurídica, assim como o respeito ao precedente implica consistência e coerência, mas o que caracterizaria a noção de posição pacificada? Como considerar que uma decisão da Corte Suprema, ainda não publicada, divisora de águas, possa representar uma posição pacificada? No curto período de tempo entre esta e aquelas decisões

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

tanta água já passou? A discussão na Sexta Turma acerca dos EDcl no REsp 1484415/DF foi suficiente para pacificar a questão? E as dissidências, serão desconsideradas?

Na visão da Min., parece que sim, ela avança em sua doutrina dos precedentes, ou melhor, em uma doutrina das “posições pacificadas” para defender que “não pode este Sodalício incorrer na contraproducente prolação de decisão contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal”<sup>99</sup>. Ela também citou relatoria própria em que um juiz de primeira instância ao recusar-se expressamente a aplicar entendimento sumulado do STJ, teve a decisão reformada. Essa citação torna-se relevante à medida que introduz um novo elemento: a súmula. Uma posição não deveria ser considerada como pacificada apenas quando está sumulada? Pelo voto da Min. seria essa a interpretação, ou não haveria razão para distinguir uma súmula de um acórdão, e o acórdão do precedente, ou o precedente da jurisprudência. Mas a passagem do acórdão citado não procurar operar essas distinções, começa indicando que o respeito às súmulas é necessário e termina defendendo o respeito à jurisprudência<sup>100</sup>. Se a jurisprudência é um conjunto de decisões e esse conjunto de decisões dá azo ao enunciado de uma súmula, tudo deve ser respeitado? Respeitar significa decidir igualmente? Decidir igualmente em que bases, desconsiderando as diferenças materiais do caso em prol da abstração das súmulas ou da jurisprudência? Como extrair a abstração da jurisprudência? Essas são questões que ficaram sem respostas, uma vez que o fechamento foi no sentido de que “não pode este Superior Tribunal afrontar entendimento do Pretório Excelso”<sup>101</sup>, o mais típico argumento institucional.

Assim, o acórdão da QO assentou que “com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena”<sup>102</sup>, dando mais um passo na institucionalização da execução provisória da pena como regra, e não como possibilidade frente à procrastinação do condenado. Nesse

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>100</sup> A Min. considerou que “[é] injustificada a recalitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não. Os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas Cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. Doutrina”.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>102</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

sentido parece importante lembrar o começo do processo de institucionalização, com passagem do acórdão nos EDcl no REsp 1484415/DF que dizia, substancialmente

[que] a decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.<sup>103</sup>

Quando o HC 352.845/SP foi para decisão da Sexta Turma em maio de 2016, já se podia considerar que havia uma regra institucionalizada pelo STJ no sentido de que a pena deveria ser executada provisoriamente quando confirmada a condenação por colegiado em segundo grau da pena. A manifestação da rel., Min. Maria Thereza de Assis Moura, deixa isso bem aparente, sua íntima convicção é contrária à regra judicial firmada, mas ela decide conforme aquilo que compreendeu ser um precedente (decisões influentes nos EDcl no REsp 1484415/DF e na QO na Ação Penal nº. 675/GO). Seus argumentos foram os de que: (i) embora o entendimento emanado do Pleno da Suprema Corte tenha sido tomado num caso concreto, no qual não foi reconhecida a repercussão geral, não possuindo efeitos *erga omnes* ou eficácia vinculante; e, (ii) fosse prematuro procurar simplesmente se adequar ao novo entendimento do Pretório Excelso sem que sequer ter tido a oportunidade de examinar a fundo os argumentos lá adotados, dada a inexistência de publicação do acórdão; (iii) as posições manifestadas nos EDcl no Resp n.º 1.484.415/DF (Sexta Turma) e na QO na Ação Penal n.º 675 (Corte Especial) pelo STJ conduziram, forçosamente, a acompanhar “a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça”<sup>104</sup>, concluindo pela possibilidade de execução provisória da pena diante do cenário que se apresentava. A conclusão foi acompanhada da ressalva de que a rel. ficou vencida tanto na Turma quanto na Corte Especial. Sucederam esse HC na Sexta Turma, sendo decididos nas mesmas bases por sua influência: o HC 343.001/SP, de 24/05/2016; os HC 362.603/SP e HC 355.918/SP, de 09/08/2016; e o HC 370.722/RS, de 09/10/2016.

<sup>103</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto nos EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

<sup>104</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto no Habeas Corpus nº 352.845 - SP. Impto.: Guilherme Forlveize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

Finda a análise dos processos decisórios determinantes para o voto do rel. tornaram-se mais claras as razões pelas quais ele entendia que o STJ não deveria desconsiderar o entendimento adotado pelo STF, mesmo que ele não fosse vinculante. De fato, sua posição acerca da existência de uma consolidação no STJ predominou. Com o acórdão, a “pesquisa jurisprudencial” (banco de dados) do tribunal passou a indicar no campo *Veja*, destinado a referenciar precedentes, informativos e repositórios jurisprudenciais utilizados na fundamentação da decisão consultada, o EDcl no REsp, a QO na Ação Penal, dois HC e o informativo 814 do STF que trazia a notícia da decisão oficiosa do HC 126.292/SP. Mas como os demais ministros percebiam essa consolidação antes do acórdão? Esse é o objeto da próxima seção.

#### 4.2 O SENTIMENTO DE UNANIMIDADE DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ

O Min. Ribeiro Dantas começou seu voto destacando que a decisão tomada na Terceira Seção seria determinante para a solução de um pleito sob sua relatoria na turma de origem, uma vez que não gostaria de tomar a decisão monocraticamente. Essa abertura de voto denota uma grande preocupação com a decisão enquanto resposta institucional sob a preponderância de uma perspectiva prospectiva. Em que termos? No entendimento dele a questão na Recl. era distinta das questões tratadas nos precedentes (decisões influentes), estaria centrada no “problema do trânsito em julgado”<sup>105</sup> (esse problema foi tratado pelo STF, posteriormente, nas ADC 43 e 44 que afirmaram a constitucionalidade do art. 283 do CPP) o que implicaria uma nova forma de tratamento que poderia ser invocado em casos futuros. Ao pensar dessa forma, seria plausível dizer que sua preocupação em ouvir o colegiado teria relação com as possíveis consequências (positivas ou negativas) de sua decisão monocrática na Turma. Ao optar por aguardar a decisão colegiada, o Min. demonstra ser deferente a regras e procedimentos previamente estabelecidos, característica de um viés decisório institucional. Para ele,

[a questão que se coloca não parece a] de ser ou não, em maior ou menor medida, mais garantista – até porque são de diversos teores as garantias estabelecidas na Constituição –, mas simplesmente a de colocar aqui que respeito imensamente os argumentos do reclamante, porque sei que eles encontram respaldo em parte da doutrina e na da jurisprudência. Nesse mérito não vou entrar, ou melhor, não é necessário entrar, porque este Tribunal, por sua Corte Especial, já tomou a decisão. A questão é só especificamente de se verificar se é possível adotar a nova postura do Supremo Tribunal Federal.  
(...)

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Ribeiro Dantas na Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

Por isso que, tranquilamente, acompanho, ainda que me curvarei ao que vier a ser decidido pelo Colegiado, como já ia fazê-lo, levando esses casos que me vieram para a decisão monocrática para a Quinta Turma e agora, mais ainda, aqui na Terceira Seção, que é um Colegiado ampliado.<sup>106</sup>

Mas isso não implica que sua argumentação seja desprovida de considerações substantivas, ele traz o fato de que “a questão decidida pelo STF é objeto de debate pela doutrina penal, e muitos penalistas e constitucionalistas discordam da tomada de posição”<sup>107</sup>. Aduzindo que a interpretação originária, após o advento da CRFB, foi uma interpretação compatível com esta de agora (2016) e que o STF não mudou de posição agora, mas em 2009, quando passou a dar uma interpretação literal ao enunciado da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Trouxe sua experiência pessoal de quando fez um curso no Canadá onde juízes brasileiros e estrangeiros, para espanto destes, tomaram conhecimento que era “necessário, além do julgamento em júri popular e de sua confirmação num Tribunal, a confirmação ainda aqui no STJ, e mais uma vez, no STF”<sup>108</sup>.

O mais curioso no voto do Min. é a seguinte passagem acerca do argumento da defesa de que a decisão do STF não poderia produzir efeitos por não ter sido oficialmente publicada,

A única coisa que foi dita da Tribuna que não me impressionou foi o fato de não ter havido a publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Quer publicação maior do que a transmissão da sessão ao vivo pela TV Justiça? A edição, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, do informativo? Por mais que se diga que não substitui a publicação oficial, não podemos sequer chamá-lo de publicação oficiosa. Este Superior Tribunal de Justiça já disse que as publicações feitas nos sites dos Tribunais, mesmo sem o caráter de informativo, são vinculantes para a Corte que as faz, portanto isso não me preocupa. A única questão é saber se houve um trânsito em julgado que garantisse ao ora reclamante que não precisasse recolher a prisão, aí a coisa realmente seria distinta.<sup>109</sup>

Se súmulas e acórdãos podem ser, reconhecidamente, vinculantes ou não como Min. já declararam em seus votos nos exemplos apresentados, como entender que a publicação no sítio seria vinculante para a Corte que os fez? Que tipo de vinculação seria essa? Uma vinculação fundada na máxima da vedação ao comportamento contraditório? Essa é uma

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Ribeiro Dantas na Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

<sup>107</sup> O que torna a argumentação substantiva não é o fato dela recorrer à doutrina como fonte, e sim o fato dela indicar que tudo está sendo levado em consideração para formar o convencimento e firmar a decisão. O fato da doutrina discordar da tomada de posição não corrobora a posição institucional do Min., pelo contrário, mas ele deixa evidente que não está alheio ao ambiente que permeia a tomada de decisão.

<sup>108</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Ribeiro Dantas na Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Ribeiro Dantas na Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

outra questão que permanecerá em aberto para que análises futuras em outros casos possam trazer mais luz à compreensão da vinculação (ou influência) dos sítios oficiais e informativos nas decisões dos tribunais.

Outro ministro que apresentou voto foi o Min. Nefi Cordeiro, um voto breve, mas emblemático. Nele ficou assentado que,

realmente aqui não temos como imaginar descumprimento de decisão [do STJ, o HC 308.788/SP] porque se tratava de decisão que falava de cautelar penal e temos agora execução provisória. É outro tema, é outro fundamento da prisão. De todo modo, já antecipando, já que os Colegas comentaram, embora a minha posição teórica fosse a mesma trazida pela defesa, é uma questão de segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal já resolveu a questão e cabe a esta Corte seguir a interpretação já que, ao fim, o que teríamos em discussão era a presunção de inocência, matéria constitucional.<sup>110</sup>

Assim como no voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, no âmbito do HC 352.845/SP, fica evidente o raciocínio por precedentes, haja vista que a íntima convicção do julgador é explicitamente contrária à regra (precedente) firmada pelos julgados anteriores, mas em função da existência desse posicionamento institucional oficial o julgador decide pela aplicação do precedente, é constrangido por ele.

Já o Min. Rogerio Schietti Cruz que havia sido o rel. nos EDcl no Resp n.º 1.484.415/DF, o marco inicial do processo de formação progressiva do precedente acerca da execução provisória da pena, na Sexta Turma começou seu voto afirmando que,

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

(...)

Penso que foi isso o que fez o Supremo Tribunal Federal. Concordando ou não, o Supremo interpretou a Constituição na sua inteireza – e não por tiras, como costuma aduzir Eros Grau (...).

E essa ideia fica muito evidenciada na leitura do voto do Ministro Teori Zavaski, que liderou a decisão na Suprema Corte, que, volto a dizer, apenas deu uma nova interpretação a um dispositivo constitucional, considerando também outros preceitos da Carta Magna.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Nefi Cordeiro na Reclamação n.º 30.193 - SP. Reclte. Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Min. Rogério Schietti Cruz na Reclamação n.º 30.193 - SP. Reclte. Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.



Ou seja, não considerou, assim como o relator, haver distinções entre os casos, todos estariam albergados pelo precedente que dizia que a execução provisória da pena não é inconstitucional, mesmo que essa afirmação não possuísse, ao tempo da decisão, um complemento que permitisse compreender claramente seu alcance. Quando se destaca nos precedentes (decisões influentes) as principais passagens, é possível verificar as distinções. O primeiro acórdão (EDcl no Resp n.º 1.484.415/DF) determinou que

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidiu que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.

7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à vol d'oiseau, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.<sup>112</sup>

Disso infere-se que, de acordo com a decisão oficiosa do STF e o primeiro acórdão do STJ, a execução provisória da pena é possível quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal (duplo grau de jurisdição) e o recurso especial ou extraordinário não for admitido, excepcionalmente, em seu efeito suspensivo. A questão da necessidade do “trânsito em julgado” para a execução penal, prevista no art. 283 do CPP não havia sido enfrentada até então – e só veio a ser enfrentada pelo STF nas ADC 43 e 44. Mas o segundo acórdão (QO na Ação Penal n.º 675) foi além do primeiro entendimento, com fundamento nele, para concluir que “é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo”<sup>113</sup>.

O exaurimento da cognição de matéria fática como fator determinante para a execução provisória da pena se tornou uma regra, independente das circunstâncias (se houve

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

efetivamente o duplo grau de jurisdição como no primeiro acórdão ou se ele foi presumido, haja vista o foro privilegiado como no segundo). O efeito vinculante forte típico do precedente (aquele que pode constriar uma decisão) ficou evidente no discurso de alguns ministros que participaram do segundo acórdão (conforme exposição da dinâmica do QO no Ação Penal nº 675), bem como no voto da relatora naquilo que veio a ser o terceiro acórdão sobre o tema, um *habeas corpus*. Nele a Min. destacou que

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

Referido entendimento, embora emanado do Pleno da Suprema Corte, foi tomado num caso concreto, no qual não foi reconhecida a repercussão geral, não possuindo efeitos erga omnes ou eficácia vinculante. Este Superior Tribunal de Justiça, portanto, está legitimado a manter seu entendimento tradicional, reafirmando que a Constituição estabelece claramente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII).

Ademais, conforme posição que já manifestei em votos proferidos nos EDcl no Resp n.º 1.484.415/DF (Sexta Turma) e na QO na Apn n.º 675 (Corte Especial), considero prematuro que essa Corte procure simplesmente se adequar ao novo entendimento do Pretório Excelso sem que sequer tenhamos tido a oportunidade de examinar a fundo os argumentos lá adotados, dada a inexistência de publicação do acórdão. Não obstante, fiquei vencida tanto na Turma quanto na Corte Especial, de modo que, ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.<sup>114</sup>

Merece destaque o fato de que as circunstâncias do precedente invocado (o HC 126.292/SP) não eram limite ou obstáculo à aplicação da regra do precedente como na tradição da *common law*. Na verdade, seria possível afirmar que o fator determinante para a conclusão do voto não eram as razões da decisão oficiosa do STF, ou as razões expostas nos dois acórdãos do STJ sobre o tema que formaram o “precedente”, mas sim o entendimento amplamente aceito entre os ministros da Terceira Seção no sentido de que em não sendo a execução provisória da pena inconstitucional, deveria o STJ estabelecer seus termos. Foi assim que a decisão pela execução provisória da pena após a verificação da efetiva manobra protelatória do condenado (primeiro acórdão) virou decisão influente. Foi usada como fonte para a decisão de executar provisoriamente a pena com duplo grau de jurisdição ficto em função do foro privilegiado do condenado (segundo acórdão), vencendo resistências internas. Para se consolidar como precedente, pela resignação dos vencidos, no terceiro acórdão,

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto no Habeas Corpus nº 352.845 - SP. Impte.: Guilherme Forlevize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

quando então a Sexta Turma denegou de forma unânime um *habeas corpus*, tendo em vista que

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora.<sup>115</sup>

Nenhum dos três acórdãos fez menção aos julgados internos do STJ, os verdadeiramente influentes nas decisões de acordo com os votos dos ministros, todos fizeram questão de invocar a autoridade do STF e utilizar a vagueza do seu enunciado. Na condição de enunciado ou tese jurídica, a regra do precedente firmada pelo STJ operou descolada das circunstâncias e peculiaridades dos casos-fonte. Assumiu assim um caráter abstrato, permeável à interpretações e operações de sobre inclusão. Foi assim que, por unanimidade, ao decidir sobre a Recl., a Terceira Seção do STJ concluiu que

1. Não [existiu] descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em Habeas Corpus, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o Habeas Corpus n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.<sup>116</sup>

Isso parece indicar uma preferência argumentativa pela citação a autoridade superior como meio de assegurar que o que foi decidido agora pela autoridade de menor nível

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 352.845 - SP. Impte.: Guilherme Forlevize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 30.193 - SP. Reclte. Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

hierárquico está de acordo e será ratificado pela autoridade de maior nível hierárquico caso ocorra um eventual recurso. Essa preferência, coerente com a hierarquia das normas de Kelsen, associada à atribuição de vinculação forte a enunciados abstratos (dando bastante margem à interpretação jurídica) parece ser um obstáculo para se falar em um sistema de precedentes no Brasil. É possível perceber que a principal característica do precedente, sua aplicabilidade independente de seu conteúdo, se manifesta na prática, todavia ela não parece decorrer das razões da decisão, mas sim de um acordo entre os intérpretes.

## 5 CONCLUSÃO

A proposta inicial de identificar os significados atribuídos aos precedentes na prática dos tribunais estava condicionada à seleção de uma base teórica que auxiliasse a reflexão. Por esta razão, o capítulo introdutório teve como escopo diferenciar a decisão influente do precedente propriamente dito (aquele que prevalece mesmo contra a íntima convicção do julgador). Ao realizar essa primeira diferenciação pareceu necessário fazer uma segunda com o objetivo de mostrar que existem duas formas de raciocínio e argumentação que utilizam casos anteriores e podem, eventualmente, conduzir ao mesmo resultado (como quando o precedente corrobora a íntima convicção do julgador e se aproxima da decisão influente, por exemplo). A decisão judicial que recorre à analogia não deve ser confundida com a aplicação de um precedente.

No que tange às formas de raciocínio, a distinção prévia entre as considerações retrospectivas e prospectivas da tomada de decisão (relevante pela influência que podem exercer na doutrina dos precedentes) era um pressuposto da prática de precedentes que seria marcadamente influenciada pela perspectiva prospectiva de análise (aquela que busca sempre a projeção dos efeitos de uma decisão no futuro não se mostrou relevante no conjunto de casos sob estudo). No conjunto de casos analisados, isso não ficou confirmado. Talvez seja necessário distinguir o contexto de aplicação do precedente do contexto em que ele se forma. A formação de um precedente não poderia, em tese, abrir mão de uma perspectiva prospectiva em função da necessidade de se manter um certo grau de segurança jurídica.

Na Terceira Seção do STJ, pela análise do conjunto de casos, é possível afirmar que os ministros se mostraram mais preocupados com a conformidade de suas decisões frente ao

entendimento pacificado nas seções e turmas, do que com as consequências sistêmicas do que ficou decidido. Mais intensa do que a pretensão de fazer justiça “olhando para trás”, foi a preocupação em mostrar a coesão interna e chancela do Supremo (muitos votos externaram e reiteraram que o STF já havia se manifestado acerca da possibilidade de execução provisória da pena). Assim, o estudo do contexto onde se formou o que foi considerado pelo STJ como precedente, ou seja, o estudo da decisão que primeiro promoveu a “guinada jurisprudencial” (o HC 126.292/SP) e de todas as outras que a seguiram, inclusive fazendo com que fosse declarada a repercussão geral do tema, pode revelar a pertinência ou não de se manter a influência da perspectiva prospectiva como um pressuposto válido.

Quanto à argumentação jurídica, pareceu relevante de início distinguir as formas substantiva e institucional de argumentação para definir bons marcadores de indícios do compromisso pessoal do julgador com suas conclusões, deferência ou preferência pelo apelo às autoridades práticas e teóricas consideradas “úteis”, ou resignação quanto à opinião institucional (o enunciado do “precedente”). O estudo de caso sobre a repercussão da possibilidade de execução provisória da pena no STJ deixou evidente que o processo de institucionalização dos argumentos, de transformação progressiva de um entendimento adotado casuisticamente (como no HC 126.292/SP) em um entendimento que prevalece frente às íntimas convicções do julgador, é forte o suficiente para produzir o principal efeito de um precedente: a limitação do convencimento do julgador, que não precisa mais ser persuadido para decidir, em função da existência de um posicionamento institucional oficial da instância superior. Curiosamente, quanto mais genérico o enunciado do tribunal na decisão precedente, mais forte parece ser a “vinculação” percebida pelo julgador no caso subsequente. Isso introduz um paradoxo à medida maior generalidade implica maior possibilidade de interpretações diversas.

Mas isso parece ter uma causa, um processo de destaque do enunciado do “precedente”<sup>117</sup> de seu contexto. Se em um primeiro momento os ministros da Terceira Seção do STJ decidiram com base no conteúdo da decisão oficiosa (não havia acórdão publicado e, conseqüentemente, não havia enunciado) fazendo longas considerações acerca da necessidade

---

<sup>117</sup> No caso do HC 126.292/SP, os Ministros do STJ destacavam que o STF havia se manifestado no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Pcte.: Marcio Rodrigues Dantas. Coator.: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016.

e utilidade da “guinada” e evitando estipular um enunciado próprio (o relatório e o voto ocuparam trinta e uma páginas). No segundo acórdão, a relatoria precisou de seis páginas para estipular que “o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena”<sup>118</sup> (neste segundo momento transcrições não oficiais da sessão plenária do STF já estavam disponíveis e devem ter sido utilizadas pela relatora). O terceiro acórdão utilizou pouco mais de quatro páginas para estipular um segundo enunciado, mais amplo, no sentido de que “confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada”<sup>119</sup>. Importante destacar que as situações fáticas nos quatro casos – no “precedente” do STF e nos três casos do STJ – eram significativamente diferentes, e isso corrobora a visão de um uso descontextualizado dos enunciados. O problema de um enunciado é que, assim como em um bordão, há o incentivo ao raciocínio fundado em brevidades. Um enunciado é expressão que não induz nem deduz, representando apenas uma opinião que, na condição de opinião, não se torna eficiente como instrumento de realização de justiça e não se sustenta como elemento teórico de uma decisão.

Outra implicação do recurso a enunciados que vinculam e produzem efeitos análogos ao efeito de um precedente parece ser a relação intuitiva que se estabelece entre eles e a extensão da justificação. Quanto maior o grau de vinculação percebido pelo julgador, menor a extensão da justificação da decisão. Isso também ficou aparente no conjunto de casos. Foram cento e três páginas entre relatório e voto do “precedente” no STF, trinta e uma páginas no primeiro acórdão do STJ, seis páginas no segundo acórdão e pouco mais de quatro páginas no terceiro, quando então a Terceira Seção do STJ passou a considerar que já havia um entendimento consolidado na Corte, forte o suficiente para dar segurança às decisões posteriores do tribunal (como a decisão da Reclamação analisada) independentemente da publicação oficial da decisão do STF que foi considerada como precedente.

Se a influência do “precedente” nesse conjunto de casos não foi o resultado de uma declaração de vontade do STF com o intuito de restringir a liberdade decisória do juízo de execução do TJ-SP ou da Terceira Seção do STJ, nem a consequência da fixação de uma tese jurídica de repercussão geral; se nem o acórdão oficialmente publicado meio hábil para

<sup>118</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto na QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório e Voto no Habeas Corpus nº 352.845 - SP. Impte.: Guilherme Forlveize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

proporcionar o conhecimento da *ratio decidendi* e das circunstâncias do “giro jurisprudencial”, é preciso aceitar a existência de um processo menos formal e não menos influente que produz efeitos similares aos efeitos de um precedente. Processo esse que se caracteriza pela institucionalização dos argumentos de uma decisão específica ao ponto de, progressivamente e à proporção de seu uso e aceitação, torná-la mais susceptível de ser respeitada e obedecida como um precedente. Se nos EDcl no REsp 1484415/DF e na QO na ação Penal nº. 675/GO a discussão entre os ministros do STJ acerca da influência e repercussão da decisão do STF ainda era viva, no momento de analisar os pedidos nos HC 352.845/SP e 343.302/SP a execução provisória da pena após condenação em segunda instância assumia a condição de regra excepcionada temporariamente de 2009 até 2016 em função de uma composição da Corte Suprema menos hermenêutica.

Assim, seria possível afirmar que é fato que o novo CPC estabeleceu um sistema de precedentes que deve ser observado pelo juiz no momento de sua tomada de decisão? Uma afirmação forte nesse sentido mereceria considerações cuidadosas. A pretensão de estipular um sistema de precedentes teria que, necessariamente, pressupor também uma diferença significativa entre o que é produzido pelas operações desse sistema e o que é encontrado fora dele, no ambiente em que ele está inserido<sup>120</sup> o que não é o caso. O conjunto de casos investigados parece deixar evidente que para os ministros envolvidos não há diferença significativa entre um precedente e o conjunto de outras manifestações encontradas no ambiente decisório como as súmulas, os enunciados, as teses, a jurisprudência. Um primeiro e mais importante passo seria então o estabelecimento de uma distinção forte entre o que pode ser considerado como precedente e o que pode ser considerado como jurisprudência. Não realizar essa distinção forte enfraquece qualquer lógica que se pretenda inovadora quanto ao peso que se atribui às decisões judiciais.

Além disso, uma inovação como essa não pode ter como principal fundamento o fato do CPC considerar inválida uma decisão judicial que não segue, distingue ou supera o “precedente” (enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte). Defender isso implica que tudo deve ser considerado como precedente ou o precedente é aquilo que a parte diz que é (o que seria contrário à doutrina do precedente fundada na autoridade dos tribunais). Ao apresentar semelhanças e destacar diferenças entre aquilo que poderia ser chamado na tradição do *common law* de uma decisão judicial influente e de um

---

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. System as difference. Organization, v. 13, n. 1, p. 37-57, 2006.

genuíno precedente parece ter ficado evidente que muito daquilo que se entende hoje como “precedente” precisa ser, de algum modo, distinguido quanto à função que exerce no raciocínio e o peso que possui na argumentação do julgador quando comparado ao direito jurisprudencial ou sumular.

Como desafio fica o convite de entender o sistema de precedentes como um sistema que inova e é capaz de agregar valor ao Direito sem competir, redundar ou enfraquecer o sistema sumular, por exemplo. Isso pressupõe concebê-lo e operá-lo como um sistema que produz algo que é relevante e diferente do que já existe e está posto. Mas o que poderia ser produzido de diferente em um sistema de precedentes? Antes de introduzir uma possível resposta, gostaria de colocar que, sob certo ponto de vista, direito é indiferença à diversidade. Nesse caso, o desenvolvimento do direito é o resultado de uma dupla tarefa onde, por um lado, se faz um conjunto de abstrações cuja intenção é dominar a resistência contínua da diversidade (desigualdade) material e, por outro, é o reconhecimento da legitimidade dessa resistência a ponto de condicionar essa estrutura abstrata ou lhe introduzir diferenciações - as diferentes igualdades<sup>121</sup>.

Assim a jurisprudência <sup>122</sup> estaria mais relacionada ao desenvolvimento do direito enquanto abstrações de igualdade. Ao pretender dar conta de um grande conjunto de casos, as abstrações da jurisprudência se afastam do contexto fático, mitigam a capacidade de orientar os jurisdicionados e julgadores e não se efetivam como instrumentos de incremento da segurança jurídica, haja vista a grande margem decisória que ainda permitem. A possível resposta à diferença relevante que um sistema de precedentes pode introduzir exsurge da oportunidade de dar concretude ao direito. De que forma?

De uma forma diferente da forma tentada pela jurisprudência, a forma caracterizada pela tentativa de determinar o que até então está indeterminado. Parece útil pensar o precedente não como uma imposição da única forma correta ou da forma mais apropriada de decidir um grande conjunto de casos (o que implica decidir independentemente das circunstâncias), mas sim como a forma em que, dadas as circunstâncias, delimita-se um intervalo de liberdade decisória em que qualquer decisão é considerada aceitável por representar a igualdade dos diferentes. A condição de aceitabilidade é a relação de continência

<sup>121</sup> DE GIORGI, Raffaele. In: LA CIENCIA. Ciencia del derecho y legitimación. Universidad Iberoamericana, 1998.

<sup>122</sup> Entendida como a ciência formal ou analítica, não material, que tem como função verificar os princípios em que se baseiam as regras jurídicas, classificando, ordenando e mostrando suas relações através de enunciados, súmulas ou teses.



da decisão ao intervalo. Essa forma de pensar o precedente pode ser útil do ponto de vista do jurisdicionado à medida que reconhece as diferenças materiais dos casos (legitimando a diferença), as classifica em intervalos de similaridade (incrementando a segurança jurídica) e as relaciona estabelecendo precedências (o que proporciona um sentimento melhorado de justiça).

Do conjunto de casos estudados é possível distinguir os contextos fáticos e determinar três possíveis precedentes distintos. Um primeiro em que se identifica a manobra processual de protelação da execução da pena com a impetração de sucessivos recursos; um segundo precedente que permite a execução provisória da pena quando exaurida a cognição da matéria fática em ações penais originárias por prerrogativa de foro; e um terceiro precedente que permite a execução provisória da pena, mesmo quando não fica evidente a manobra processual de protelação, nos casos em que o recurso extraordinário é recebido pelo tribunal superior sem efeito suspensivo.

Essa forma de pensar o precedente parece estar mais em harmonia com o emprego dos precedentes na tradição da *common law*. Quando a Suprema Corte de Nova Jersey considerou no caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, por exemplo, a disparidade de poder de barganha entre uma concessionária de automóveis e um comprador, que havia renunciado por escrito às garantias usuais desse tipo de contrato, motivo suficiente para considerar inválida essa renúncia<sup>123</sup>, ela não estava determinando que toda renúncia por parte de um consumidor devesse ser considerada inválida ou que a proposição de renúncia por parte do fornecedor devesse ser considerada inválida. Ela quis estabelecer mais uma hipótese de exceção aos termos do contrato como são os casos de fraude, força maior ou incapacidade da parte. O tribunal superior declarou que, no âmbito de sua jurisdição, uma decisão judicial que excepciona os termos do contrato, quando verificadas as circunstâncias de assimetria entre as partes, é aceitável.

Do ponto de vista do julgador, essa forma de pensar o precedente faz sentido nas duas instâncias. Seria mais difícil que o julgador de primeira instância se sentisse um autômato ou a “boca da lei”, sua autonomia estaria preservada para fazer a justiça no caso concreto (autonomia ampla dentro do espectro delimitado). Já o julgador de segunda instância encontraria no precedente um instrumento apto a incrementar a segurança jurídica sem

---

<sup>123</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009, p.39.

mitigar o sentimento de justiça que está inegavelmente associado à capacidade de fazer justiça do caso concreto. Intervalos de liberdade decisória podem continuar sendo abstrações, mas precisariam ser abstrações dependentes do contexto fático em que foram desenvolvidas. Isso tornaria o precedente suscetível à reavaliação contínua da pertinência das abstrações feitas anteriormente frente às resistências atuais da diversidade material que são inevitáveis.

O desenvolvimento do direito poderia assim cumprir seu duplo papel de realizar abstrações tendentes a dominar a resistência contínua da diversidade material (através das diferentes igualdades que o precedente proporciona ao condicionar a estrutura do raciocínio ou introduzir diferenciações nessas abstrações) sem, por outro lado, deixar de reconhecer que a resistência material que emerge do caso concreto é legítima. Mas isso implica entender a complementariedade de um processo dinâmico dos precedentes (que só se efetiva dando coerência ao sistema na prática do controle das decisões judiciais) em relação ao caráter estático que emana dos enunciados como súmulas, teses, orientações jurisprudenciais e outros tipos de manifestação cujo intuito é o de “densificação das normas”.

## 6 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Penal de Competência do Júri Apelação Criminal. Despacho da 5ª Vara do Júri, São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Pcte.: Marcio Rodrigues Dantas. Coator.: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Teori Zavascki. Distrito Federal, 17 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Questão de Ordem. Ausência de intimação da sessão de julgamento. Alegação de prejuízo. Inocorrência. Rejeição. Mandado de Segurança 33.864 Distrito Federal. Impte.: Claudia Cristina Sobral. Impdo.: Ministro de Estado da Justiça. Rel.: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 4 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus substituto de recurso. Duplo homicídio qualificado. Direito de recorrer em liberdade. Apelação criminal. Recurso exclusivo da defesa. Expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal evidenciado. Parecer pela concessão da liberdade. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. Habeas Corpus nº 308.788 - SP. Impte.: Marcelo Feller e outro. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 1 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Embargos de Declaração. Alegação de Omissão. Fraude ao Caráter Competitivo e Corrupção Passiva. Atipicidade. Não Ocorrência. Objetivo de Prequestionamento de Matéria Constitucional. Impossibilidade. Pedido do Ministério Público para início da execução provisória. Presunção de não culpabilidade. Marco definidor. Réu condenado pelo tribunal de origem. Prerrogativa de função. Recurso Especial já analisado. Ausência de efeito suspensivo. Novas diretrizes do STF. Possibilidade. EDcl no Recurso Especial nº 1.484.415 - DF. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Questão de Ordem. Ação Penal Originária. Desembargador. Tribunal de Justiça. Acórdão Condenatório. Embargos Declaratórios. Rejeitados. Exaurimento da cognição de matéria fática. Possibilidade de expedição imediata de mandado de prisão em face do réu. QO na Ação Penal nº 675 - GO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E S. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus. Estupro de vulnerável. Concurso material. Apelação julgada. Expedição do mandado de prisão. Ausência de trânsito em julgado. Execução provisória da pena. Ofensa à presunção de inocência. Inocorrência. Ordem denegada. Habeas Corpus nº 352.845 - SP. Impte.: Guilherme Forlevize Demarchi. Impto.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal e Penal. Reclamação. Decisão de Magistrado de 1º Grau que determinou a execução provisória da pena. Suposto descumprimento de Habeas Corpus desta Corte que garantira ao Réu o direito de recorrer em liberdade e que transitou em julgado. Superveniente modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução provisória da pena (HC 126292/SP). Inexistência de afronta à coisa julgada. Reclamação improcedente. Reclamação nº 30.193 - SP. Reclte.: Gil Grego Rugai. Recldo.: Juízo de Direito da 5ª Vara do Júri de São Paulo - SP. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 296. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC v.3).

\_\_\_\_\_. A criação do Direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito. Contra o absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011.

CABRAL, Rafael. Napster no tribunal - O dia em que a indústria fonográfica escolheu o caminho errado. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 7 dez. 2009. Disponível em < <http://link.estadao.com.br/noticias/geral,napster-no-tribunal---o-dia-em-que-a-industria-fonografica-escolheu-o-caminho-errado,10000045735> >. Acesso em 12/02/2017.

DAVID, René. O direito inglês trad. port. Eduardo Brandão. – 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito)

DE GIORGI, Raffaele. Ciencia del derecho y legitimación. Universidad Iberoamericana, 1998.

FARNSWORTH, Ward. The Legal Analyst: a toolkit for thinking about the law. University of Chicago Press, 2008.

GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinions. Minn. L. Rev., v. 95, 2010.

LAMOND, Grant. Persuasive authority in the law. The Harvard Review of Philosophy, v. 17, n. 1, p. 16-35, 2010.

LUHMANN, Niklas. System as difference. Organization, v. 13, n. 1, p. 37-57, 2006.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: RT, 2013.; e

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

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

POMBO, Bárbara. Sistema de precedentes do novo CPC impõe primeiro desafio ao STJ. Revista eletrônica JOTA, Brasília, 5 out. 2016. Disponível em < <https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio-ao-stj-05102016> >. Acesso em 11 out. 2017.

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

\_\_\_\_\_. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Clarendon Press, 1991.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 126-143.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SIEMS, Mathias. *Comparative law*. Cambridge University Press, 2014.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – um paradoxo apenas aparente*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC v.3).

WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Wmf Martins Fontens, 2008. Tradução Bruno Costa Simões; revisão Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzolo de Carvalho.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* 2016.