



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

RONALDO TEIXEIRA MARTINS

**PRECEDENTE IMPROCEDENTE?
A DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS NAS ADCs 43, 44 e 54**

**BRASÍLIA – DF
2023**

RONALDO TEIXEIRA MARTINS

**PRECEDENTE IMPROCEDENTE?
A DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS NAS ADCs 43, 44 e 54**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Roberta Simões Nascimento

BRASÍLIA – DF
2023

RONALDO TEIXEIRA MARTINS

**PRECEDENTE IMPROCEDENTE?
A DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS NAS ADCs 43, 44 e 54**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Roberta Simões Nascimento
(Orientadora, Presidenta, Universidade de Brasília - UnB)

Professora Doutora Cláudia Rosane Roesler
(Universidade de Brasília - UnB)

Professor Guilherme Gomes Vieira
(Universidade de Brasília - UnB)

BRASÍLIA
2023

AGRADECIMENTOS

Esta monografia não teria sido possível sem o afastamento para capacitação que me foi concedido pelo Senado Federal, a quem agradeço na pessoa do Consultor-Geral, Danilo Augusto Barboza de Aguiar.

O texto – bastante diferente do originariamente pretendido – é fruto da leitura, sempre muito atenta, das contribuições, sempre muito pertinentes, e da disponibilidade, sempre exemplar, de minha orientadora, a quem atribuo as qualidades do trabalho, e a quem eximo de seus defeitos, produto exclusivo de minha teimosia, de certo atavismo acadêmico e de minha insubordinação à discursividade própria da ciência do Direito. Obrigado, Roberta, pela paciência, pelo cuidado e pelo apoio!

Devo também agradecer a todos os que, durante os pouco mais de três meses de execução deste trabalho, dele participaram de uma forma indireta, mas fundamental: ao André, ao Emanuel, à Fabiana, à Glória, à Inês, à Lucha, à Luciana, à Mônica, à Selena, a todo o Shangri-Lá, esse lugar que inventamos para dar conta do desamparo fundamental.

E, por fim, mas talvez principalmente, obrigado a você, DD, que demora mesmo quando chega antes.

RESUMO

Este trabalho se propõe a investigar o alcance, como precedente de natureza persuasiva, da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade do art. 283, do Código do Processo Penal, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. No julgamento, o Pleno do STF decidiu que a execução da sanção penal não admite forma provisória, e o início do cumprimento da pena só pode ter início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, essa tese jurídica foi firmada por pequena maioria (6 a 5), e os votos vencedores trilham linhas argumentativas diferentes, caracterizando uma decisão majoritária tomada com base em fundamentos minoritários. Em sua primeira parte, o trabalho analisa a decisão e comprova a efetiva dispersão dos fundamentos a partir de um modelo de representação da estrutura argumentativa que combina elementos da teoria *standard* da argumentação jurídica e da teoria dos grafos. Em sua segunda parte, considera as consequências jurídicas dessa dispersão a partir das noções de precedente e de *ratio decidendi*, principalmente a partir da exigência, prevista no Código de Processo Civil, de que as decisões judiciais devem identificar os fundamentos determinantes dos precedentes para que possam invocá-los. Conclui-se que a extração da *ratio decidendi* em decisões caracterizadas pela dispersão de fundamentos não encontra ainda solução no âmbito do sistema de precedentes internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação jurídica; doutrina dos precedentes; presunção da inocência; execução antecipada; STF.

ABSTRACT

The work investigates the scope, as a persuasive precedent, of the decision made by the Brazilian Supreme Court in the context of concentrated control of constitutionality regarding article 283 of the Criminal Procedure Code, during the judgment of Declaratory Actions of Constitutionality No. 43, 44, and 54. In the ruling, the Supreme Court decided that the execution of criminal sanctions does not admit provisional measures, and the commencement of sentence enforcement can only occur after the final judgment of the convicting criminal sentence. However, this conclusion was established by a small majority (6 to 5), and the winning votes followed different lines of argumentation, characterizing a majority decision based on minority foundations. In its first part, the work analyzes the decision and demonstrates the actual dispersion of the foundations using a model that combines elements of the standard theory of legal argumentation and graph theory as a representation of the argumentative structure. In its second part, it considers the legal consequences of this dispersion using the notions of precedent and ratio decidendi, particularly based on the requirement, provided in the Code of Civil Procedure, that judicial decisions must identify the determinative foundations of precedents in order to invoke them. It is concluded that extracting the ratio decidendi in decisions characterized by the dispersion of foundations still lacks a solution within the precedent system internalized in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Legal argumentation; doctrine of precedents; presumption of innocence; early execution; STF.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia Geral da União
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
HC – Habeas Corpus
MPF – Ministério Público Federal
MS – Mandado de Segurança
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PEN – Partido Ecológico Nacional
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Extraordinário
Resp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal

SIGLAS UTILIZADAS PARA OS MINISTROS DO STF

AM – Alexandre de Moraes
CL – Cármen Lúcia
CM – Celso de Melo
DT – Dias Toffoli
EF – Edson Fachin
GM – Gilmar Mendes
LF – Luiz Fux
MA – Marco Aurélio
RB – Luis Roberto Barroso
RL – Ricardo Lewandowski
RW – Rosa Weber

LISTA DE DIAGRAMAS, GRÁFICOS E TABELAS

Diagrama 1 - Exemplo de representação de estrutura argumentativa proposto por Atienza (2017)	22
Diagrama 2 – Exemplo de representação de estrutura argumentativa proposta por este trabalho	37
Diagrama 3 – Percorso argumentativo dos votos contrários à execução provisória	104
Diagrama 4 – Percorso argumentativo dos votos favoráveis à execução provisória	106
Gráfico 1 – Número de argumentos contrários à execução provisória	98
Gráfico 2 – Número de argumentos favoráveis à execução provisória	98
Gráfico 3 – Frequência de ocorrência dos argumentos nas ADCs 43, 44 e 54	102
Tabela 1 - Argumentos contrários à execução provisória no HC 84.078	45
Tabela 2 - Argumentos favoráveis à execução provisória no HC 84.078	47
Tabela 3 - Argumentos favoráveis à execução provisória no HC 126.292	54
Tabela 4 - Argumentos contrários à execução provisória no HC 126.292	56
Tabela 5 - Argumentos contrários à execução provisória nas ADCs 43, 44 e 54	84
Tabela 6 - Argumentos favoráveis à execução provisória nas ADCs 43, 44 e 54	89
Tabela 7 – Síntese dos argumentos mobilizados no curso do processo	95
Tabela 8 – Argumentos mobilizados no acórdão das ADCs	103
Tabela 9 – Contraposição dos argumentos mobilizados no curso do processo	108
Tabela 10 - Posição dos ministros do STF sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada de pena	114

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo 1. Do método.....	17
1.1 Sobre a argumentação	17
1.2 O que é um argumento?	25
1.3 Como identificar um argumento?	27
1.4 Classificação dos argumentos	29
1.5 Força e interação dos argumentos	35
1.6 Modelo a ser adotado	36
Capítulo 2. Da história processual	39
2.1 O princípio da presunção da inocência	39
2.2 A execução provisória até 2009	43
2.3 HC 84.078/MG	44
2.4 Lei nº 12.403/2011.....	49
2.5 Reações.....	50
2.6 HC 126.292/SP	52
2.7 ADCs 43, 44 e 54	57
2.8 Desdobramentos	61
Capítulo 3. Da decisão.....	65
3.1 Marco Aurélio	66
3.2 Alexandre de Moraes	66
3.3 Edson Fachin	67
3.4 Luís Roberto Barroso.....	69
3.5 Rosa Weber	70
3.6 Luiz Fux	73
3.7 Ricardo Lewandowski	76
3.8 Cármen Lúcia	77
3.9 Gilmar Mendes	78

3.10 Celso de Mello.....	80
3.11 Dias Toffoli	83
3.12 Síntese dos argumentos.....	84
3.13 Análise dos argumentos.....	95
Capítulo 4. Da consequência	117
4.1 Sobre o precedente.....	117
4.2 O conceito de <i>ratio decidendi</i> (e de <i>obiter dicta</i>).....	122
4.3 A extração da <i>ratio decidendi</i>	128
4.4 Da eficácia das decisões com <i>ratio decidendi</i> indeterminada	132
4.5 À guisa de solução	137
Conclusão	144
Referências	147

Introdução

O presente trabalho surge a partir de um problema prático de caráter geral: Qual é a parte vinculante – se parte vinculante existe – em uma decisão majoritária tomada com base em fundamentos minoritários? Apenas o dispositivo? Também os fundamentos determinantes? Como recuperá-los, dadas as divergências nos votos?

O problema se coloca da perspectiva da doutrina dos precedentes inscrita no Código de Processo Civil. Ao preceito de que as decisões dos tribunais superiores têm efeito vinculante (art. 927)¹, combina-se a exigência de que as decisões judiciais devem identificar os fundamentos determinantes dos precedentes para que possam invocá-los (art. 489, § 1º, V)².

A regra deriva do dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal³. É posição consagrada que, em regimes democráticos, particularmente naqueles em que o acesso às funções jurisdicionais não se dá por escolha dos jurisdicionados, a autoridade do Poder Judiciário deriva de uma competência técnico-discursiva materializada na fundamentação das decisões judiciais, e que constitui, assim, condição de validade e fonte de legitimidade da jurisdição. Adicionalmente, a fundamentação atende a uma preocupação nomofilática: asseguraria objetividade e impessoalidade às decisões judiciais e, por extensão, segurança jurídica, aqui entendida como uniformização (e previsibilidade) da interpretação e aplicação do direito.

¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

(...)

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

³ Art. 93.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Ainda que esse compromisso argumentativo possa estar presente em decisões monocráticas, sua presença nas decisões colegiadas é bem mais problemática. O que se observa, particularmente em decisões em modo *seriatim*, é o ajuntamento de votos individuais não necessariamente convergentes. Nesse caso, não é raro que, embora possam chegar a uma conclusão comum, os julgadores partam de premissas diferentes, percorram linhas argumentativas independentes, e não retomem os argumentos uns dos outros, seja para confirmá-los, seja para refutá-los.

No entanto, da mesma forma que não se consideraria propriamente fundamentada uma decisão de juiz singular que simplesmente listasse os argumentos favoráveis e contrários à sua tese, sem que houvesse uma ponderação entre eles, não se pode considerar fundamentada uma decisão colegiada em que o único critério subjacente é o princípio majoritário, externo à argumentação. Seria admitir que a decisão se justifica principalmente pela autoridade (numérica), e não por uma racionalidade argumentativa, o que solaparia qualquer possibilidade de constituição de um sistema de precedentes e tornaria a jurisdição refém de maiorias de ocasião, com comprometimento do princípio da impessoalidade, essencial ao devido processo legal.

Este parece ser exatamente o caso da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade quanto ao art. 283, do Código do Processo Penal, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. No julgamento, o Pleno do STF decidiu que a execução da sanção penal não admite forma provisória, e o início do cumprimento da pena só pode ter início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, essa tese jurídica foi firmada por pequena maioria (6 a 5), e os votos vencedores – como se verá – trilharam linhas argumentativas diferentes. Caberia falar, neste caso, em precedente obrigatório? Caberia falar em *ratio decidendi*? De que forma tal decisão poderia ser apropriada para casos futuros que venham a discutir temas semelhantes – caso, por exemplo, do RE 1.235.340 (Tema 1068), que analisa a hipótese de execução imediata da condenação (recorrível) imposta pelo Tribunal do Júri?

O tema é tanto mais relevante quanto se percebe que, num período de dez anos, houve três inflexões jurisprudenciais do STF sobre a matéria. A análise dos acórdãos referentes aos três principais julgamentos sobre o tema – o HC 84.078/MG, de 2009; o HC 126.292/SP, de 2016; e as ADCs 43, 44 e 54, de 2019 – revela que a Corte não tem uma posição unívoca e pacificada sobre a presunção da inocência. Nos três casos, o texto

final não consolida a “opinião do Tribunal”, mas apenas as diferentes opiniões dos membros do Tribunal. O acórdão conforma um agregado de decisões autônomas, o que dificulta (ou inviabiliza?) a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão. Como consequência, esfaca-se a unidade institucional do corpo deliberativo, com repercussões importantes para a estabilidade jurídica, a autoridade jurisdicional e o prestígio político e social da Corte.

No que se segue, o leitor será convidado ao aprofundamento dessas questões, que – advirta-se desde já – não serão completamente respondidas neste texto. O objetivo aqui não é, não poderia ser neste momento, construir uma (nova) teoria do precedente ou adicionar, às inúmeras já existentes, mais uma técnica de extração da *ratio decidendi*. Minha preocupação não é propositiva, mas descritiva e crítica: (re)constituir o problema, delimitá-lo, entendê-lo.

Parto, portanto, do problema. E o problema é a estrutura argumentativa que caracteriza a decisão do STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54. Meu primeiro objetivo será analisá-la para verificar se ocorre, no caso, uma efetiva “dispersão de fundamentos”, ou seja, se o julgamento consiste efetivamente na formação de uma maioria quanto ao sentido da decisão (ou o seu dispositivo), com independência dos argumentos utilizados pelos ministros para embasar a conclusão. Trata-se, pois, de averiguar em que medida se está realmente diante de uma decisão majoritária tomada com base em fundamentos minoritários.

No entanto, para que possa identificar e confirmar, no acórdão, a dispersão de fundamentos que é a ele normalmente consignada, serei obrigado a desenvolver dois movimentos prévios: o primeiro, constituir um instrumento de análise da estrutura argumentativa da decisão; o segundo, recuperar sua história processual. Essas etapas preparatórias corresponderão aos dois primeiros capítulos desta monografia.

O capítulo primeiro tem caráter metodológico. A análise da estrutura argumentativa da decisão tomará por base uma versão bastante simplificada da teoria *standard* da argumentação jurídica, que será aqui combinada com um modelo de representação inspirado pela teoria dos grafos. Da teoria da argumentação jurídica interessa-me, particularmente, a dimensão material da argumentação (em oposição às dimensões formal e pragmática), consubstanciada na noção de “argumento” como unidade básica de estruturação da decisão. No entanto, para que se possa representar a dispersão de fundamentos de uma decisão que é antes uma reunião de decisões

autônomas, os modelos de representação da teoria *standard*, voltados para decisões monocráticas, serão substituídos por uma estrutura de dados de base matemática mais apropriada à representação simultânea da pluralidade de percursos argumentativos: os grafos direcionados, em que os vértices (no caso, os argumentos) podem ser percorridos por arestas concorrentes em sentidos alternativos.

O capítulo segundo será a principal fonte dos argumentos a serem utilizados para povoar os grafos. O capítulo recupera um conjunto de decisões paradigmáticas que, no período de 2009 a 2019, definiram, no âmbito do STF, a tópica em torno da qual se constitui a delimitação do princípio da presunção da inocência e o cabimento (ou não) da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa coleção de argumentos conformará o conjunto de vértices utilizado para traçar o percurso argumentativo de cada ministro no acórdão referente às ADCs 43, 44 e 54.

O centro do texto – e a parte mais longa – é ocupado pelo capítulo terceiro, em que será realizada a análise propriamente dita do acórdão. Os votos dos ministros serão sintetizados, esquematizados e representados a partir do modelo proposto. É nesse momento que se procurará evidenciar a estrutura argumentativa da decisão, as convergências e as divergências entre os votos, e o grau de dispersão dos fundamentos.

Toda a primeira parte deste trabalho é, pois, dedicada a investigar a estrutura argumentativa do acórdão das ADCs 43, 44 e 54. Seu objetivo inicial era encontrar, sob a dispersão aparente de fundamentos, alguma regularidade argumentativa subjacente que viesse a provar a existência de um consenso mínimo em torno do tema. Caso tivesse sido bem-sucedido nessa busca, o trabalho terminaria aqui. A questão da significância da decisão como precedente não representaria, propriamente, um problema, porque os fundamentos da decisão seriam determináveis.

No entanto – e devo confessá-lo de início – não foi o que ocorreu. Não se pôde encontrar, a partir da análise empreendida, nenhum fundamento suficientemente convergente que pudesse operar como denominador jurídico comum à decisão. A teoria da argumentação jurídica, isoladamente, não pôde prover parâmetros para que se pudesse extrair um núcleo argumentativo mínimo capaz de satisfazer às exigências normalmente impostas pela doutrina dos precedentes, principalmente a de que, nas decisões colegiadas, os fundamentos determinantes devem ser respaldados pela maioria dos julgadores.

A ausência desse mínimo comum representa um problema, não apenas para a teoria da argumentação jurídica, mas sobretudo da perspectiva de suas consequências

jurídicas: no caso, a estabilidade e a reusabilidade da decisão. Torna-se inevitável, pois, a problematização dos conceitos de “precedente” e de “*ratio decidendi*”, razão pela qual, no capítulo quarto, será convocada, sob demanda, a doutrina dos precedentes.

A apresentação tardia desse outro referencial teórico é uma escolha metodológica deliberada. Sem ele, o problema não pode ser completamente saturado. Com ele, evidencia-se a necessidade de que a doutrina dos precedentes inclua uma teoria da justificação judicial que represente um controle de racionalidade argumentativa mais afeito à prática deliberativa dos tribunais superiores. Por meio dele, serão investigadas as implicações jurídicas que envolvem o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, já assinaladas no início desta Introdução: Qual é eficácia vinculante de uma decisão majoritária tomada com base em fundamentos minoritários? Como extrair, no caso, os fundamentos determinantes, para que a decisão possa constituir um precedente no sentido previsto pelo CPC?

Esta a razão de nesse ponto, e apenas nesse ponto já adiantado do texto, enveredar-se por um outro referencial teórico que, espera-se, venha em um futuro próximo a cruzar com o da argumentação jurídica – síntese que não pode, porém, pertencer aos objetivos deste texto.

A estrutura deste trabalho é, pois, a que se segue:

- Capítulo 1: construção de um instrumental de análise, aqui representado por um modelo de descrição e representação da argumentação, para que se possam identificar, classificar e comparar os percursos argumentativos desenvolvidos pelos ministros em cada voto;
- Capítulo 2: recuperação da história processual da execução da pena antes do trânsito em julgado, essencial para que se possam perceber regularidades argumentativas diacrônicas e entender a natureza da controvérsia;
- Capítulo 3: aplicação do instrumental de análise ao acórdão das ADCs 43, 44 e 54; e
- Capítulo 4: análise dos resultados à luz da teoria dos precedentes.

Saliente-se, desde já, que não será objetivo deste trabalho atacar ou defender qualquer das teses específicas sobre a presunção da inocência ou sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Não interessará, a esta pesquisa, julgar se a decisão do STF foi correta ou não, se atende ou não os requisitos de avaliação normalmente exigidos das decisões judiciais, se faz justiça ao caso. A

abordagem que se ensaia aqui não é dogmática. Interessa-me, precipuamente, entender os limites do significado como precedente de uma decisão colegiada em que, supostamente, não houve fundamentos convergentes suficientes.

Capítulo 1. Do método

Este trabalho toma, por objeto de análise, uma decisão colegiada que seria caracterizada pela “dispersão” – ou “falta de convergência” – dos fundamentos. Sua primeira tarefa é comprovar a existência do problema e, para isso, será necessário constituir um instrumento de análise que possa representar a estrutura argumentativa da decisão. Este arcabouço teórico é o objetivo deste capítulo.

1.1 Sobre a argumentação

Para que possa operar como controle público de racionalidade jurídica, a fundamentação das decisões judiciais não pode se resumir à mera enumeração de razões, mas deve consistir na articulação de um texto coerente e coeso, em que sejam enfrentadas todas as questões, de fato e de direito, atinentes ao caso, e de cuja consideração emergja, como a melhor solução possível, a adotada pelos magistrados. Em uma palavra, a fundamentação das decisões judiciais deve representar, necessariamente, um esforço de “argumentação”.

O que significa, porém, “argumentar”? Ou, mais especificamente, o que significa argumentar juridicamente?

Atienza (2000, 2017) – que servirá de guia a este esboço de reconstrução histórica – reporta que a preocupação com argumentação no direito tem início logo após a Segunda Guerra Mundial, no contexto de emergência da democracia deliberativa, da constitucionalização do direito e da perda da importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimação do poder, fatores que teriam ampliado a demanda por justificação.

Segundo o autor, as concepções de direito vigentes no século XIX e na primeira metade do século XX – nomeadamente: os formalismos jurídicos (a Escola da Exegese, a Jurisprudência de Conceitos), o positivismo normativista e o realismo jurídico – não favoreciam a perspectiva do direito como argumentação. Para os formalistas, por exemplo,

as decisões judiciais somente podem se justificar dedutivamente, isto é, segundo o esquema do silogismo subsuntivo que requer, como premissa maior, uma norma de tipo geral e abstrato, como premissa menor, os dados fáticos do caso que se “subsumem”

no suposto fático da norma para inferir daí, como conclusão, a consequência jurídica prevista na norma (ATIENZA, 2017, p. 24).

Para Atienza também os positivistas dispensavam uma teoria da argumentação: ou afirmavam que as decisões jurídicas, como ato de vontade, não poderiam ser justificadas racionalmente (Kelsen), ou que suas justificativas derivavam de critérios extrajurídicos (Hart). Os realistas (Holmes, Pound), por sua vez, defendiam que as decisões, justificadas em modo retrospectivo, seriam derivadas de fatores subjetivos, como preconceitos políticos, econômicos ou morais, o que conduziria a investigação para os aspectos psicológicos, sociológicos e ideológicos dos operadores do direito.

Mesmo entre os que se ocupavam da argumentação jurídica⁴, a lógica dos juristas era considerada apenas uma parte especial da lógica geral, e se concentrava na identificação da forma básica do raciocínio jurídico: o silogismo judicial, ao qual se acrescentavam argumentos especiais usados na interpretação e aplicação do direito: “o raciocínio por analogia (ou *a simili*), o raciocínio *a contrario*, os argumentos *a fortiori* (*a maiore ad minus* e *a minori ad maius*), o *argumentum ad absurdum* e os argumentos interpretativos” (p. 53).

No entanto, Atienza afirma que, a partir de meados dos anos 1950, seria observada uma progressiva rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos. O autor destaca a publicação de três obras seminais: *Topik und Jurisprudenz*, de Theodor Viehweg, em 1953; *La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation*, de Chaïm Perelman e Lucia Olbrecht-Tyteca, em 1958; e *The Uses of Argument*, de Stephen Toulmin, também em 1958.

Esse “giro argumentativo” partiria, no entanto, de três concepções diferentes de argumentação.

Para Viehweg, a argumentação é concebida como resposta a um problema específico. O autor concebe o percurso argumentativo em duas etapas: a etapa da descoberta (“*ars inveniendi*”) de premissas, e a etapa da formação do juízo (“*ars iudicandi*”), ou seja, da passagem das premissas à conclusão. Dado o caráter derivado dessa segunda etapa, Viehweg se concentra sobretudo sobre a primeira – a “tópica de

⁴ Atienza (2000) faz referência explícita à obra *Juristische Logik*, de Ulrich Klug, elaborada em 1939, e publicada em 1951.

primeiro grau” –, que consistiria em obter, a partir de depósitos de regras da experiência (os lugares ou *topoi*), os argumentos necessários para a solução de problemas.

Perelman, por outro lado, partindo da oposição aristotélica entre raciocínios analíticos (ou lógico-formais) e raciocínios dialéticos (retóricos), contrapõe a noção de argumentação à noção de demonstração. Enquanto a demonstração está relacionada à necessidade (e à verdade), a argumentação se moveria no terreno da contingência (e da verossimilhança) e constituiria, portanto, um esforço de persuasão, que envolveria, necessariamente, além do discurso (o “logos”), o orador (o “ethos”) e o auditório (o “pathos”). Nessa linha, o objetivo da argumentação seria conseguir a adesão do auditório, razão pela qual o autor atribui especial destaque à sua conformação (auditório universal, auditório particular e deliberação consigo mesmo), central para a definição dos pontos de partida da argumentação (os objetos de acordo: fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias, lugares), para a escolha e para a apresentação dos dados, e para as técnicas argumentativas empregadas.

Toulmin, por fim, define a argumentação a partir de outra aproximação: a ideia de “fundamentação”. O autor distingue entre o uso instrumental da linguagem, “quando as emissões linguísticas atingem seus propósitos diretamente, sem necessidade de produzir ‘razões’ adicionais”, caso das ordens e dos pedidos, por exemplo; e o uso argumentativo da linguagem, que “supõe que as emissões linguísticas fracassam ou têm êxito segundo possam se apoiar em razões, argumentos ou provas”⁵. Diferentemente de Perelman, Toulmin abstrai das figuras do emissor e do destinatário, para se concentrar na argumentação como “atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc”⁶. Interessante, sobretudo, a estrutura (que o autor subdivide em quatro elementos: *claim*, *grounds*, *warrant* e *backing*) e a força dos argumentos (expressa por meio de qualificadores modais ou condições de refutação).

Esses três conceitos – argumentação como solução de problemas, como persuasão ou como fundamentação – seriam apropriados, a partir do fim dos anos 1970, por aquilo que Atienza define como “teoria *standard* da argumentação jurídica”, e que o autor associa, principalmente, a dois outros autores: Neil MacCormick e Robert Alexy. Nessa

⁵ ATIENZA, 2000, p. 136.

⁶ ATIENZA, 2000, p. 137.

nova perspectiva, o raciocínio jurídico não aparece como contraposto, mas integrado ao raciocínio dedutivo, cujas regras lógico-formais seriam também mobilizadas pelos operadores do direito.

Essa perspectiva integradora é exemplificada por MacCormick, que acrescenta, à discussão, um outro parâmetro: a argumentação como justificação. Partindo da oposição, proposta por Reichenbach, entre contexto da descoberta e contexto da justificação das teorias científicas, o autor reconhece duas ordens de justificação: a justificação dedutiva, de primeira ordem, de natureza formal e silogística, suficiente para os chamados “casos fáceis”; e a justificação de segunda ordem, de natureza material, complementar à justificação dedutiva nos casos “difíceis” (que envolvem problemas de interpretação, de pertinência, de prova ou de qualificação). Embora não se ampare sobre critérios lógico-formais, a justificação de segunda ordem não seria propriamente discricionária ou arbitrária, e obedeceria a uma série de critérios de validade de natureza extralógica (consistência, coerência, consequencialismo, universalidade)⁷.

Alexy, por sua vez, define argumentação como procedimento do discurso racional, regulado por vários conjuntos de regras: regras fundamentais de uso da linguagem (não contradição, sinceridade, uso comum da linguagem), regras de razão (regra geral de fundamentação, igualdade de direitos, universalidade e não coerção), regras sobre a carga da argumentação (pertinência, relevância, conexão), regras sobre a forma dos argumentos, regras de fundamentação (princípio da troca de papéis, princípio do consenso e princípio da publicidade) e regras de transição.

Tanto em MacCormick quando em Alexy, Atienza reconhece limitações importantes: a preocupação quase exclusiva com as decisões judiciais, principalmente de cortes superiores (em detrimento, por exemplo, de outras formas de argumentação jurídica, como a argumentação legislativa e a argumentação da dogmática jurídica); a exclusão de razões explicativas de natureza extrajurídica, como os fatores institucionais, sociológicos, psicológicos e políticos que intervêm no processo deliberativo; e o seu caráter apologético, de legitimação da prática de justificação jurídica contemporânea.

Em seu *Curso de Argumentação Jurídica* (2017), Atienza propõe um modelo de análise das argumentações em certa medida integrador das várias contribuições referidas

⁷ Atienza (2000) aproxima a distinção entre justificação de primeira ordem e justificação de segunda ordem, respectivamente, aos conceitos, propostos por Wróblewski, de justificação interna (objeto da lógica formal, que procura definir quando um argumento é formalmente correto) e justificação externa (objeto da lógica material ou informal, que avalia quando um argumento é aceitável).

anteriormente. O autor começa por destacar quatro elementos que delimitam o conceito de argumentação (p. 38):

- 1) “Argumentar é sempre uma ação relativa a uma linguagem”;
- 2) “Uma argumentação pressupõe sempre um problema”;
- 3) “Uma argumentação supõe tanto um processo, uma atividade, como o produto ou resultado dessa atividade”; e
- 4) “Argumentar é uma atividade racional, no duplo sentido (a) de que é uma atividade orientada a um fim, e (b) de que há critérios para avaliar uma argumentação”.

A partir desses quatro elementos, o autor chega a três concepções – “tipos ideais” – de argumentação:

a) a concepção formal, característica da lógica formal, que se concentra na argumentação como resultado, ou seja, como uma série de enunciados articulados por meio de regras de inferência, que definiriam os critérios de validade ou de correção do raciocínio, e que estaria conectada ao valor da certeza;

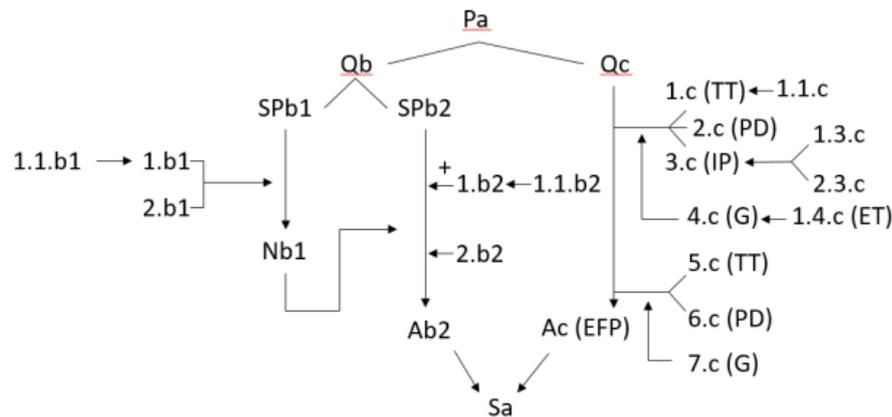
b) a concepção material, característica da lógica material, que se concentra, não sobre a forma, mas sobre o conteúdo dos enunciados, ou seja, sobre aquilo que os torna verdadeiros ou corretos, e que estaria relacionada ao valor da justiça⁸; e

c) a concepção pragmática, que se concentra sobre o aspecto social da argumentação, definida como atividade entre participantes, vinculada à ideia de persuasão (retórica) ou de interação (dialética), e que estaria relacionada aos valores da aceitabilidade e do consenso⁹.

O autor reconhece que “as argumentações realmente existentes não obedecem, em geral, a nenhum desses tipos puros” (p. 43), mas elabora um método para a representação dos argumentos que privilegia o fluxo da argumentação. O método é ilustrado pelo diagrama reproduzido abaixo (p. 104):

⁸ O autor associa essa perspectiva ao *logos de lo razonable* de Recaséns Siches, à tópica de Viehweg e à teoria interpretativa do direito de Dworkin (p. 40).

⁹ Atienza associa o ponto de vista da retórica a Perelman, e o da dialética a Toulmin (p. 40).



Fonte: Atienza (2017).

Diagrama 1 - Exemplo de representação de estrutura argumentativa proposto por Atienza (2017)¹⁰

A proposta de Atienza ilustra alguns dos problemas clássicos envolvidos na análise de uma argumentação.

Em primeiro lugar, saliente-se que o esquema reduz a estrutura da argumentação à estrutura das relações entre argumentos. O diagrama permite representar o encadeamento dos argumentos e suas relações de dependência, mas não a forma como a argumentação efetivamente ocorreu na superfície do texto ou durante a interação verbal. Não há, pois, uma preocupação com a topografia argumentativa do texto.

Adicionalmente, e embora Atienza afirme que “o esquema busca captar o aspecto ilocucionário” (p. 103), o fato é que não há espaço, no diagrama, para os atores da argumentação, que fica restrita, portanto, à estrutura profunda do enunciado (ou do “logos”), em detrimento da enunciação. Não são representadas, no esquema, as repetições, as retomadas, as ênfases, as contradições, as falácias, as hesitações, as amplificações, as demonstrações de erudição e de expertise, os elogios, as advertências, as digressões, as emoções, – enfim, tudo o que caracteriza a presença de um “ethos” e de um “pathos” no fenômeno da argumentação.

Uma terceira questão diz respeito à suposição, imanente ao esquema, de que a argumentação se desenvolve segundo uma “linha argumentativa”, mediante longas deduções em cadeia, integradas por elementos relativamente discretos e discerníveis: os

¹⁰ No diagrama, as letras minúsculas indicam o conteúdo proposicional; P é o problema; Q, uma questão; SP, uma suposição; A, uma afirmação; N, uma negação; TT (testemunha), PD (prova documental) e IP (laudo pericial) são atos probatórios; ET, um enunciado teórico (doutrinário); G, um enunciado geral (máxima da experiência); EFP indica o enunciado fático provado; e S, a solução. O sinal + indica peso maior.

argumentos. Trata-se de uma visão que o próprio autor, em outra obra (Atienza, 2000), reconhece como problemática:

Descartes via no raciocínio um “encadeamento de ideias”, de tal maneira que a cadeia das proposições não pode ser mais sólida que o mais frágil dos anéis; basta que se rompa um dos anéis para que a certeza da conclusão se desvaneça. Ao contrário, Perelman considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama. **Uma consequência disso é a impossibilidade de separar radicalmente cada um dos elementos que compõe a argumentação.** (p. 85, grifos meus).

A própria definição de “argumento”, no modelo adotado, envolve uma contradição entre critérios formais e materiais. De um lado, o autor define o argumento como um enunciado composto de três elementos: “as premissas, a conclusão e a relação que se estabelece entre esses dois elementos: a inferência” (p. 49). De outro, afirma que o argumento é “uma razão a favor ou contra uma determinada tese” (p. 102), o que parece restringi-lo ao conceito de “premissa”:

Essas ambiguidades – a argumentação como processo (dinâmico) e como produto (estático), o argumento como forma e como substância – parecem representar a principal dificuldade epistêmica no tratamento da argumentação, e sintetizam os problemas de conciliação entre os níveis de análise formal, material e pragmático, bem como entre os paradigmas de investigação das teorias *standard* da argumentação e da teoria retórica.

A questão é que o fenômeno da argumentação parece estar revestido de uma complexidade que muito se assemelha à multiestratificação que emerge da própria investigação sobre a linguagem, da qual ele é, evidentemente, inseparável, como o reconhece o próprio Atienza. Procurar integrar, em uma mesma teoria, os aspectos formais, materiais e pragmáticos da argumentação representa, em larga medida, sobrepor pontos de vista, e supor na argumentação uma unidade que não se sabe ainda como inferir.

Por este motivo, este trabalho deverá renunciar a uma abordagem abrangente da argumentação jurídica, para que possa se concentrar, ainda que de forma reducionista, em apenas uma de suas dimensões: aquela que, supostamente, melhor conviria ao problema aqui em análise: a dispersão de fundamentos em uma decisão colegiada. Nessa perspectiva, parece sobressair aquilo que Atienza entende por “concepção material” da argumentação.

Antes, porém, e a título de justificção, conviria assinalar por que os dois outros enfoques – o formal e o pragmático – seriam aqui pouco relevantes.

Segundo Atienza, a concepção formal da argumentação está relacionada à lógica dedutiva *standard*. Embora faça referência a lógicas “divergentes” (lógica deôntica, lógicas turvas ou difusas, lógicas paraconsistentes, lógicas da relevância), o autor se concentra sobretudo sobre as formas do silogismo (subsuntivo, transitivo, disjuntivo, etc.) e os esquemas argumentativos (*a contrario sensu*, *a pari*, *a fortiori*, *ad maius*, *ad minus*, *modus tollens*, etc.), elementos da lógica clássica. Nessa perspectiva, o objetivo seria analisar o mecanismo inferencial que permite chegar a uma conclusão a partir de um conjunto de premissas. Reconhecem-se três tipos de inferência: a inferência dedutiva, de natureza improdutiva (já que derivada da necessidade), caracterizada pela reflexividade (a conclusão não contém nada que já não esteja nas premissas), pela monotonia (novas premissas não alteram o resultado) e pela transitividade (a conclusão se deduz exclusivamente das premissas), e que pode ser ilustrada pelo *modus ponens*¹¹; a inferência indutiva, ilustrada pela indução amplificadora (do particular para o geral) ou pela analogia (do particular para o particular); e a inferência abdutiva, categoria proposta por Charles Sanders Peirce, em que as premissas assumem caráter temporário e hipotético, e cuja validade é confirmada a partir da conclusão.

Embora possam ser utilizados como instrumentos para a justificação interna – particularmente para a identificação de falácias formais e paralogismos –, esses dispositivos parecem ter pouca validade prática para a caracterização da dispersão de fundamentos de uma decisão. De resto, como o efeito de argumentatividade e a força dos argumentos parecem, em regra, pouco associados à correção lógico-formal da argumentação, não me interessará, nesta pesquisa, explicitar as redes de inferências construídas em cada voto.

Também a concepção pragmática da argumentação será aqui descartada. Os aspectos retóricos da decisão – especialmente a intencionalidade dos ministros, a formação imaginária de um auditório, e o contexto sócio-histórico e político-institucional do julgamento – são estruturantes e constituintes de cada movimento argumentativo operado em cada voto singular, mas desempenham papel acessório na tarefa que aqui se propõe. Esses elementos fornecem razões explicativas do uso da linguagem, das divergências e convergências doutrinárias, das estratégias de interação verbal, e de

¹¹ Proposição condicional ilustrada pela fórmula “se p então q”, em que, da afirmação do antecedente “p” extrai-se, logicamente, a afirmação do consequente “q”.

confirmação, refutação e desconsideração dos argumentos alheios, mas pouco auxiliam na delimitação de um núcleo material comum à decisão.

De resto, trazer à luz o sujeito da enunciação nas decisões judiciais não é tarefa simples, seja pelo caráter institucional da fala, que conspira deliberadamente pelo apagamento de toda subjetividade, seja pela dispersão da autoria, dado que os votos de cada um dos ministros, principalmente em julgamentos de relevo, são construções coletivas, marcadas pela intertextualidade e pela polifonia. Adicionalmente, neste trabalho, cujo objeto é o texto de um acórdão, deveremos nos ater apenas às marcas verbais que os ministros deixaram em seus votos, excluindo, portanto, fatores paralinguísticos (como ênfase, entonação, hesitação, gesticulação, etc.) e outros elementos situacionais (apartes, interrupções, atenção, dispersão, etc.) que integram o processo de enunciação.

1.2 O que é um argumento?

Um dos problemas das teorias da argumentação jurídica é justamente a definição do que seria um “argumento”. Embora Atienza (2017) reconheça que “[a]s argumentações não consistem exclusivamente de argumentos” (p. 102), é certo que a noção de argumento desempenha, na argumentação, um papel essencial.

O que seria, porém, um argumento?

Já se assinalou que o próprio Atienza, em seu texto, identifica duas definições usuais para o termo: a formal, como estrutura que inclui as premissas, a conclusão e a relação de inferência; e a material, como um elemento dessa estrutura: a premissa.

Nessa linha, o raciocínio:

P) A ampla defesa abrange todas as fases recursais.

Q) A execução antecipada da sentença restringe a defesa às instâncias ordinárias.

Logo: R) A execução antecipada restringe o direito de defesa.

Contém, a depender da definição, um ou dois argumentos. Na acepção formal, todo o encadeamento “ $P \wedge Q \therefore R$ ” (dados P e Q, logo R), ou seja, todo o raciocínio, constitui um único argumento; na acepção material, o encadeamento contém dois argumentos: as proposições “P” e “Q”, que servem de premissas à conclusão (“R”).

Atienza (2017) supera essa ambiguidade estabelecendo uma distinção entre “argumento” e “argumentação”:

Uma *argumentação* é um conjunto de passos, atos de linguagem e enunciados que se situam entre a colocação de uma pergunta inicial – o problema que dá lugar à argumentação – e a resposta oferecida – a solução. Um *argumento* é uma razão a favor ou contra uma determinada tese. (p. 102)

Seguirei, aqui, a mesma orientação.

Usarei o termo “argumento” no sentido de proposição que pode operar como premissa (maior ou menor) em diferentes “raciocínios”¹². A esses “raciocínios”, em função de sua natureza formal de inter-relacionamento de argumentos, preferirei chamar “argumentação”. Assim, no exemplo citado, “P” e “Q” serão referidos como “argumentos”, ao passo que o encadeamento “ $P \wedge Q \therefore R$ ” será chamado “argumentação”.

A distinção será importante porque, como se verá, boa parte das dificuldades com o conceito de *ratio decidendi* estão associadas justamente a seu estatuto ontológico: como argumento (premissa material) em que se baseou a decisão, ou como argumentação (raciocínio formal) utilizada para se chegar à decisão.

Igualmente relevante, para efeito deste trabalho, é reconhecer que, enquanto conteúdo proposicional, os argumentos estão sujeitos a um juízo de verdade, ao passo que a argumentação, como estrutura lógico-formal, está sujeita a um juízo de validade e, na qualidade de enunciado performativo, a um juízo de felicidade¹³.

No entanto, a análise proposta neste trabalho, como já assinalado, não é valorativa, mas descritiva. Não caberá, pois, verificar se os argumentos empregados são verdadeiros ou falsos. Não caberá verificar, por exemplo, se a ampla defesa, de fato, abrange todas as fases recursais, ou se se exaure nas instâncias ordinárias; interessará apenas constatar que esse foi um dos argumentos empregados na discussão. Da mesma forma, não será relevante aqui se as premissas P e Q conduzem necessariamente à conclusão R, ou se o encadeamento foi suficiente para convencer o interlocutor. Não importarão, enfim, a correção, a validade ou o sucesso da argumentação, mas apenas seus componentes.

¹² Nessa definição, “argumento” pertence ao mesmo campo semântico de “prova” (“aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros”), de “motivo” (“razão de ser, a causa de qualquer coisa”), de “fundamento” (“base sólida que legitima ou autoriza algo”) e, como prefere o próprio Atienza, de “razão a favor ou contra uma determinada tese”.

¹³ As noções de verdade, validade e felicidade reportam-se à lógica formal e à teoria dos atos de fala, de John Austin ([1962]): de uma proposição não se pode dizer que seja válida, mas que é verdadeira ou falsa; de um silogismo não se pode dizer que seja verdadeiro ou falso, mas apenas que é válido ou não; de um enunciado performativo não se pode afirmar nem a verdade nem a validade, mas a felicidade (“felicity”), ou seja, se o ato de fala alcançou ou não o efeito pretendido pelo enunciador: provocar, no enunciatário, uma determinada reação.

1.3 Como identificar um argumento?

Diretamente relacionada às dificuldades de definição, está a dificuldade de identificação de argumentos numa argumentação. Tome-se, como ilustração, o trecho abaixo, excerto do voto do ministro Eros Grau no acórdão do HC 84.078:

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Uma tentativa de reconstrução da estrutura lógica dessa argumentação é apresentada abaixo:

- (1) Não se pode visualizar a “ampla” defesa de modo “restrito”.
- (2) A ampla defesa promove o equilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
- (3) (O processo tem muitas fases recursais)
- ∴ (4) A ampla defesa abrange todas as fases recursais.
- (5) (A execução antecipada da sentença não considera a defesa em todas as fases recursais).
- ∴ (6) A execução antecipada restringe o direito de defesa.

Veja-se, no exemplo, que a argumentação do ministro constitui um polissilogismo: trata-se de dois entimemas encadeados. A premissa 1 está claramente expressa no voto. A premissa 2 também está expressa, mas aparece apenas ao fim do trecho. Entende-se aqui que, apesar de seu distanciamento, seu papel seria principalmente apoiar (ou justificar) a premissa 1. Trata-se, portanto, de uma premissa acessória. A premissa 3 é oculta, talvez porque seja de conhecimento geral, embora seja necessária para a argumentação. Sem ela não se chegaria à conclusão parcial 4, verbalizada no voto. Fecha-se aqui o primeiro silogismo. A conclusão desse silogismo, combinada à premissa 5, que também está oculta, produz a conclusão 6, que é afirmada claramente no texto.

O exemplo ilustra, em primeiro lugar, o grau de distanciamento entre a estrutura lógica e a superfície linguística da argumentação, já denunciada por todos os teóricos que se propuseram a criar sistemas formais de representação da linguagem humana (tais como o cálculo proposicional e o cálculo de predicados). O exemplo ilustra também que, justamente em função desse distanciamento, é grande o grau de discricionariedade

envolvido nessa reconstrução lógica da argumentação: outros modelos representariam outros fenômenos; e mesmo no âmbito da lógica proposicional, outras análises talvez identificassem outra estrutura argumentativa, outras premissas ocultas, outras relações de inferência. E o exemplo ilustra, por fim, que esse tipo de análise, nesse nível de detalhamento, além de absolutamente impraticável quando se considera um acórdão de quase 500 páginas, tem utilidade limitada, além de validade reduzida.

Faz-se necessária, portanto, uma simplificação.

Neste trabalho, que tem por objetivo caracterizar a pluralidade argumentativa, toda essa estrutura será reduzida a um só argumento: “a ampla defesa é, por definição, ampla”. A escolha será sempre amparada em dois critérios principais: ostensividade e precedência. Pelo critério da ostensividade, serão selecionados apenas argumentos expressamente vocalizados pelos ministros. Isso significa dizer que serão desconsideradas premissas implícitas e razões ocultas. Segundo o critério da precedência, serão selecionados apenas os argumentos que dão início a uma série argumentativa, ou seja, os argumentos que servem de ponto de partida para o esforço de fundamentação. Em benefício da clareza, os argumentos serão sempre expressos como proposições (isto é, como orações com sujeito e predicado: “a ampla defesa é, por definição, ampla”), e não como sintagmas nominais (como “amplitude da defesa”) que, embora mais concisos, são também mais ambíguos. De resto, será usada, sempre que possível, a formulação proposta pelos próprios ministros.

Saliente-se que essa simplificação, como toda simplificação, faz-se ao preço da objetividade e da perda de conteúdo, o que compromete, evidentemente, a comparabilidade da análise que será aqui realizada. Entre a série argumentativa e o argumento escolhido para representá-la a distância não é pequena; da mesma forma, não é de todo óbvio, por exemplo, que o enunciado “[a] ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito” possa ser retextualizado como “a ampla defesa é, por definição, ampla”.

Esse nível de subjetividade e discricionariedade pode ser confirmado pela confrontação do levantamento aqui empreendido com o realizado em outros trabalhos. Na análise do HC 84.078 – que será apresentada na próxima seção – identifiquei, ao todo, 31 argumentos, excluídas as repetições. Vieira (2020), que trabalhou sobre os mesmos dados, identificou, no mesmo HC, 57 argumentos.

No trecho do voto do ministro Eros Grau acima referido, por exemplo, encontrei apenas o argumento “a ampla defesa é, por definição, ampla”. Vieira, no mesmo trecho, encontrou dois argumentos:

- (1) A ampla defesa deve ser observada em todas as fases processuais, incluindo o âmbito dos recursos excepcionais.
- (2) O ordenamento jurídico brasileiro não limita a ampla defesa a determinada fase processual.

O argumento 1 corresponde, em minha análise, à conclusão do primeiro silogismo da série argumentativa. O argumento 2 não é referido de forma explícita no trecho assinalado.

Observa-se, portanto, que, a partir de diferentes critérios, serão obtidos diferentes repertórios de argumentos, cuja identificação será sempre matéria de controvérsia e resultado de algum grau de discricionariedade. No entanto, como este trabalho não se propõe a avaliar a correção dos argumentos utilizados, entende-se que a simplificação proposta não comprometerá, antes favorecerá, a representação da estrutura argumentativa da decisão.

1.4 Classificação dos argumentos

Outro ponto de controvérsia é a classificação dos argumentos.

Já na *Retórica*, Aristóteles diferenciava entre provas técnicas (aquelas constituídas no próprio discurso, e relacionadas às categorias tradicionais do *ethos*, *pathos* e *logos*) e as provas atécnicas ou extratécnicas (que precedem o discurso, tais como leis, testemunhos, contratos, confissões, etc.), que eram utilizadas como base material para a persuasão.

Nas decisões judiciais, as provas extratécnicas assumiriam, idealmente, maior relevo, principalmente em sistemas estruturados pelos princípios da separação dos poderes, da supremacia da lei e da certeza jurídica, que reclamariam, por exemplo, a autocontenção judicial, a subsunção do caso à norma e o respeito aos precedentes. Nesse sentido, seria de esperar, com papel predominante na estrutura argumentativa, a referência à norma e a remissão a outros julgados. Em resumo, que as decisões derivassem, quase

que automaticamente, dos pressupostos da completeza, da sistematicidade e da unicidade do ordenamento jurídico¹⁴.

No entanto, essa concepção restritiva do papel do juiz, subordinado à vontade e à autoridade do legislador, reduzido à condição de “boca da lei”, está amparada em pressupostos que vêm sendo há muito criticados, e que já não caracterizam a prática jurisdicional contemporânea. Parece não haver muito espaço, no direito atual, para a crença na infalibilidade do processo legislativo, na clareza da lei, na autossuficiência do código e no monismo jurídico (a lei, e por extensão o Estado, como a única fonte formal do direito).

O contexto político da criação legislativa, o contexto linguístico da vagueza da lei, o contexto sistêmico da incoerência do ordenamento jurídico e o contexto funcional da injustiça evidenciam que nem a análise literal ou gramatical (da parte para o todo) nem a análise lógico-sistemática (do todo para a parte) podem vir a ser suficientes para “revelar” o sentido contido nos enunciados normativos ou para “selecionar” ou “fixar” um entre os vários sentidos possíveis do texto, porque os sentidos, simplesmente, não estão no texto. A interpretação deixaria, pois, de ser intuitiva (noética) para ser, necessariamente, argumentativa (dianoética)¹⁵.

Os inúmeros itinerários argumentativos que se desenvolvem, a partir de então, perpassam lugares muito diferentes e conformam a natureza material das premissas adotadas no processo decisório: as *rationes decidendi* emancipam-se da superfície da norma e passam a trilhar trajetórias hermenêuticas que tomam, por bússola, critérios muito variados. Surgem, então, argumentos extrajurídicos que, na qualidade de provas extratécnicas, base empírica da argumentação, fazem apelo à *occasio legis*, à *ratio legis*, à *mens legislatoris*, à *mens legis*, ao espírito do povo (*Volksgeist*), à história (ou seja, ao passado), à evolução (ou seja, ao futuro), aos fins, aos princípios, aos valores, à moral, às consequências, etc.

São inúmeras as possibilidades de organização desse repertório argumentativo, e este um duplo desafio deste trabalho: o de identificar os argumentos, e o de classificá-los. Praticamente todos os teóricos da argumentação propuseram algum tipo de tipologia argumentativa.

¹⁴ BOBBIO, 1999.

¹⁵ FERRAZ Jr, 1991.

Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1958]), por exemplo, classificam os argumentos em dois grandes grupos: os argumentos de reunião ou associação, e os argumentos de dissociação, cada um dos quais com várias subdivisões¹⁶:

- Argumentos de reunião:
 - Argumentos quase-lógicos:
 - Fundados no princípio de identidade (tautologia, definição, comparação, reciprocidade, transitividade, inclusão, divisão, *a pari*, *a contrario*, etc);
 - Fundados no princípio da não contradição (autofagia, retorsão, *reductio ad absurdum*, probabilidades);
 - Fundados no princípio do terceiro excluído (terceiro excluído, dilema);
 - Argumentos baseados na estrutura do real
 - Sucessão: implicação e concessão, causalidade, fato-consequência, meio-fim, desperdício, direção, superação;
 - Coexistência: *ad hominem*, *tu quoque*, *ad verecundiam*, *ad ignorantiam*, *a fortiori*;
 - Argumentos que fundamentam a estrutura do real
 - Indução: exemplo, ilustração, modelo;
 - Analogia: *a simili*;
- Argumentos de dissociação:
 - Distinção
 - Dualidade essência-aparência
 - Dualidades filosóficas: meio-fim, consequência-fato, ato-pessoa, letra-espírito, relativo-absoluto, teoria-prática.

Toulmin ([1958]), por sua vez, classifica os argumentos em vários pares, segundo a relação entre os elementos que integram seu modelo: argumentos substanciais e argumentos analíticos¹⁷; argumentos formalmente válidos e argumentos que não o são¹⁸;

¹⁶ A exposição aqui é meramente indicativa. Não pode pertencer ao escopo deste trabalho detalhar cada uma das categorias argumentativas perelmanianas, que ocupam parte expressiva de seu Tratado. Cabe apenas dizer que, para os autores, os argumentos de reunião “unem elementos distintos e permitem estabelecer entre eles uma solidariedade que pretenda seja estruturá-los, seja valorá-los positiva ou negativamente” (p. 299), enquanto os argumentos de dissociação têm por objetivo “dissociar, separar, dissolidarizar elementos considerados componentes de um todo ou pelo menos de um conjunto solidário no interior de um sistema de pensamento” (p. 299).

¹⁷ Argumentos analíticos (como, por exemplo, os argumentos matemáticos) são argumentos cuja conclusão já está contida nas premissas, sendo, portanto, tautológicos. Argumentos substanciais são aqueles que incorporam algo novo.

¹⁸ Um argumento é formalmente válido quando a garantia autoriza o tipo de inferência em questão.

argumentos que utilizam uma garantia e argumentos que estabelecem uma garantia¹⁹; argumentos concludentes e argumentos não concludentes²⁰.

MacCormick (2008) propõe uma classificação tripartite para os argumentos interpretativos: argumentos linguísticos²¹, argumentos sistêmicos²² (harmonização contextual, argumentos a partir de precedentes, argumentos por analogia, argumentos conceituais, argumentos a partir de princípios gerais, e argumentos a partir da história), e argumentos teleológico-avaliativos²³.

Atienza (2017) não chega a construir, de forma sistemática, um catálogo de argumentos, mas faz referência esparsa a categorias clássicas (argumento *a pari*, de probabilidade, *a contrario sensu*, *a fortiori* e por redução ao absurdo) e, a partir de Robert Summers, retoma a ideia de razões formais ou autoritativas²⁴, razões substantivas²⁵, razões finalistas²⁶, razões de correção²⁷ e razões institucionais²⁸. O autor chega mesmo a dizer que, nos Estados constitucionais, operaria uma “hierarquia fraca, derrotável, de acordo com a qual as razões substantivas prevalecem (ou deveriam prevalecer) frente às normas formais ou autoritativas” (p. 82).

Tarello (2015, pp. 312-313) também realizou um censo dos argumentos interpretativos mais usuais na vida jurídica, chegando a 15 “esquemas persuasivos gerais”:

- I. El argumento *a contrario*;
- II. El argumento *a simili ad simile*;
- III. El argumento *a fortiori*;
- IV. El argumento de la completitud de la disciplina jurídica;
- V. El argumento de la coherencia de la disciplina jurídica;

¹⁹ Nos argumentos que estabelecem uma garantia, o dado novo não é a alegação, mas a própria garantia.

²⁰ Nos argumentos concludentes, a conclusão é inferida de maneira necessária ou certa; nos não concludentes, a conclusão é apenas possível ou provável.

²¹ “que recorrem ao próprio contexto linguístico como fonte de razões para preferir uma interpretação a outra” (p. 165-166).

²² “aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto dentro do seu contexto” (p. 166)

²³ “aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades” (p. 166)

²⁴ “que consistem em apelar para algum tipo de autoridade jurídica: a lei, o precedente etc” (p. 81)

²⁵ “derivam sua força justificativa de considerações de caráter moral, econômico, político e, em geral, social” (p. 81)

²⁶ “servem para apoiar uma decisão que previsivelmente contribuirá para um fim valioso” (p. 81)

²⁷ “apelam a uma norma moral válida que se aplica à situação” (p. 81)

²⁸ “vinculadas a papéis ou processos institucionais específicos” (p. 82)

- VI. El argumento psicológico;
- VII. El argumento histórico;
- VIII. El argumento apagógico;
- IX. El argumento teleológico;
- X. El argumento econômico;
- XI. El argumento autoritativo;
- XII. El argumento sistemático;
- XIII. El argumento naturalista;
- XIV. El argumento equitativo;
- XV. El argumento a partir de los principios generales.

Depois de analisá-los um a um, o autor busca agrupar esses “hábitos interpretativos” em diferentes subconjuntos, cujo papel, porém, não é aprofundado: argumentos especificamente jurídicos e não especificamente jurídicos; argumentos lógicos e não lógicos; argumentos completos e argumentos incompletos; argumentos conservadores e argumentos não conservadores (ou seja, favoráveis à mudança jurídica).

As taxonomias aqui apresentadas – e que são apenas exemplificativas – permitem perceber que inúmeras são as possibilidades de rotulação dos argumentos, o que nos coloca, de partida, o problema das escolhas. Não será raro, na verdade, que o tratamento da argumentação prescindia completamente de uma tópica jurídica – isto é, de um elenco de *topoi* ou lugares da argumentação dos juristas – e, por extensão, de uma classificação de argumentos²⁹; ou de que o faça a partir de critérios próprios, específicos a cada interesse de pesquisa³⁰.

O já referido Tarello (2015) – que, como membro da Escola Realista da Interpretação Jurídica de Gênova, se autointitula um descritivista – apresenta algumas razões comumente alegadas para a ausência de um tratamento mais científico da tipologia de argumentos jurídicos: o fato de que a tópica é tanto mais eficaz quanto menos revelada; a erosão do campo da argumentação retórica; e a dinâmica da interpretação no direito contemporâneo. Seu diagnóstico, porém, vai em outra direção:

É provável que a verdadeira razão pela qual poucos questionamentos tenham sido feitos sobre argumentos jurídicos, e poucas listas de argumentos tenham sido efetivamente utilizadas, reside no fato de que grande parte dos estudos sobre interpretação jurídica não são mais descrições, registros, análise,

²⁹ Atienza (2000) reporta que o próprio Perelman considerava sua classificação arbitrária, e afirma que “[a] classificação dos argumentos que aparece no Tratado está longe de ser clara e inclusive útil” (p. 111).

³⁰ Vieira (2020), por exemplo, que trabalha com a argumentação nos HCs 84.078 e 126.292, utiliza uma tipologia própria, que faz referência à fonte dos argumentos: “preceitos constitucionais; normas infraconstitucionais; estudos teóricos; questões pragmáticas; comparações entre institutos jurídicos; jurisprudência; dados estatísticos; instrumentos e experiências internacionais” (p. 148).

mas trabalhos doutrinários de persuasão, propaganda e ideologia: eles não investigam quais argumentos são realmente usados, e quanto, e por quem, mas sim prescrevem quais argumentos usar, quais privilegiar, quais desacreditar, e para isso registros não são necessários. (p. 312)³¹

O problema, porém, não diz respeito apenas à construção de taxonomias, mas à sua utilização. Os critérios de pertencimento a uma categoria envolverão sempre algum nível de imprecisão e subjetividade.

Retome-se, a título de exemplo, o argumento da “ampla defesa” referido no voto do ministro Eros Grau no HC 84.078. Vieira (2020), que usa uma classificação relacionada às fontes jurídicas, classifica-o como “preceitos constitucionais”, o que o situaria, dentro da tipologia de MacCormick, entre os argumentos sistêmicos a partir de princípios gerais. No entanto, no trecho do voto em tela, o ministro afirma que “[a] **ampla** defesa, não se a pode visualizar de modo **restrito**” (grifos meus), o que parece envolver uma questão sobretudo semântica, dada a ênfase à antítese, que me parece clara, entre os adjetivos “ampla” e “restrito”, o que o situaria, na mesma tipologia de MacCormick, entre os argumentos linguísticos (ou entre os argumentos quase-lógicos de definição, de Perelman).

As duas classificações são possíveis, e ilustram o inevitável grau de discricionariedade no uso das categorias.

Para evitar ambos os problemas – a ambiguidade de escopo das classificações e a subjetividade no uso das categorias – a solução aparentemente mais simples é abandonar qualquer esforço taxonômico: simplesmente listar os argumentos, em vez de agrupá-los. Essa desistência implica a renúncia à identificação de hábitos interpretativos que poderiam vir a desempenhar um papel importante na comparação dos argumentos e extração de pontos de convergência entre os votos, mas adotar uma classificação de argumentos também significaria acrescentar, a este trabalho, uma camada a mais de imprecisão e de pessoalidade. Por este motivo, os argumentos não serão agrupados, mas tratados como razões relativamente independentes entre si, ainda que eventualmente se

³¹ No original: “Es probable que la verdadera razón por la cual se hicieron pocas indagaciones sobre los argumentos jurídicos y pocas listas de argumentos efectivamente usados, haya de buscarse en el hecho de que gran parte de los estudios sobre la interpretación jurídica son principalmente no ya descripciones, registros, análisis, sino obras doctrinales de persuasión, propaganda e ideología: no investigan qué argumentos son efectivamente usados, y cuánto, y por quién, sino que prescriben cuáles argumentos usar, cuáles privilegiar, cuáles desacreditar, y para esto no hacen falta registros. (p. 312)

venha a reconhecer algum nível de proximidade, principalmente para que se possa descrever a interação argumentativa, objeto da próxima seção.

1.5 Força e interação dos argumentos

A ideia de que, em uma argumentação, alguns argumentos pesam mais do que outros parece subjazer à maior parte dos modelos repertoriados. Toulmin ([1958]) é particularmente explícito em relação à “força” dos argumentos, que associa a qualificadores modais (*qualifiers*, tais como “necessariamente”, “provavelmente”, “possivelmente”, entre outros) e a condições de refutação (*rebuttals*: “a menos que”, “exceto se”, etc.).

Perelman ([1958]), por sua vez, vincula a força de um argumento à sua adaptação ao auditório: “se avalia essa força graças à regra de justiça: o que, em certa situação, pôde convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga [...] Assim, a força dos argumentos depende, em grande parte, de um contexto tradicional” (p. 523).

Atienza (2017) afirma que, na dimensão material, “a relevância e o peso ou força das premissas são conceitos centrais” (p. 79) e associa a força das premissas a “critérios mais ou menos materiais (de universalidade, de coerência, de adequação das consequências etc) e, enfim, a uma filosofia moral e política que permita articular, estabelecer alguma ordem entre os diversos tipos de razões justificativas que concorrem no direito” (p. 81). Em seu diagrama, o autor faz uso do sinal “+” para assinalar “uma razão para a qual o argumentador atribuiu um peso considerável” (p. 105).

Parece consenso, pois, que os argumentos têm “peso” ou “força”. Determinar a força ou o peso de um argumento requereria, porém, estabelecer toda uma economia (ou uma física) da argumentação e, para o fim deste trabalho, supõe que seja dado exatamente aquilo que se busca: os fundamentos determinantes da decisão.

Em uma decisão plural, são muitos os vetores de força, e ainda que um ministro atribua, explicitamente, maior peso a um argumento, não é certo que essa sobrecarga argumentativa venha a desempenhar, no espaço vetorial da decisão colegiada, uma posição central ou de maior destaque do que outros argumentos periféricos, menos pronunciados, mas talvez mais pervasivos.

Na verdade, a ideia de força remete, inevitavelmente, à questão da “interação” entre os argumentos, que longe está de trivial. Como afirma Perelman ([1958]):

o que importa na argumentação não são tanto os elementos isolados – os argumentos – quanto o todo de que eles fazem parte [...] todos os elementos da argumentação estão em constante interação, o que ocorre de vários pontos de vista: interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e a sua conclusão e, por último, interação entre os argumentos contidos no discurso e os que têm a este como objeto (p. 536)

De resto, em uma decisão plural, a interação entre os argumentos é complexa. Vieira (2020), que analisou os HCs 84.078 e 126.292, observou, por exemplo, que os ministros do STF evitam combater diretamente os argumentos uns dos outros. Retomam-nos, quase sempre, apenas para confirmá-los.

Em função dessa dupla dificuldade – o alcance limitado do “peso” atribuído a um argumento em um voto singular e o caráter solipsista da argumentação em decisões plurais – o presente trabalho não se preocupará com a organização interna dos votos. Não me interessará, pois, o peso e a interação dos argumentos dentro da mesma decisão. Não me ocuparei da maneira com que os argumentos foram empregados pelos ministros, se foram ou não realçados, se foram ou não reforçados, e de que forma interagiram, dentro da economia simbólica dos textos, para a construção de cada decisão singular.

Para que se possa analisar a decisão, interessa-me apenas a relação de adjacência entre os argumentos e, sobretudo, a interação entre argumentos de votos diferentes. Interessa, sobretudo, verificar as relações de aproximação (de confirmação, de sustentação, de ampliação, de complementação) e as relações de afastamento (de refutação, de restrição, de desconsideração) traçadas, pelos ministros, sobre o que disseram seus colegas.

1.6 Modelo a ser adotado

A partir das considerações acima, chega-se, enfim, ao modelo adotado para a representação da estrutura argumentativa dos votos e da decisão. O modelo representará apenas a dimensão material da argumentação (excluídas, portanto, as dimensões formal e pragmática); tomará, como unidade de representação, apenas os argumentos materiais, assim entendidas as premissas ostensivas que iniciam séries argumentativas; não agrupará nem classificará os argumentos, que serão considerados, pois, independentes; e ignorará a força e a interação dos argumentos, representando apenas as relações de adjacência dentro de um mesmo voto.

Para que se possa facilitar a visualização dessas relações, também se utilizará um diagrama, mas muito mais simplificado do que o proposto por Atienza (2017). O diagrama é ilustrado abaixo:

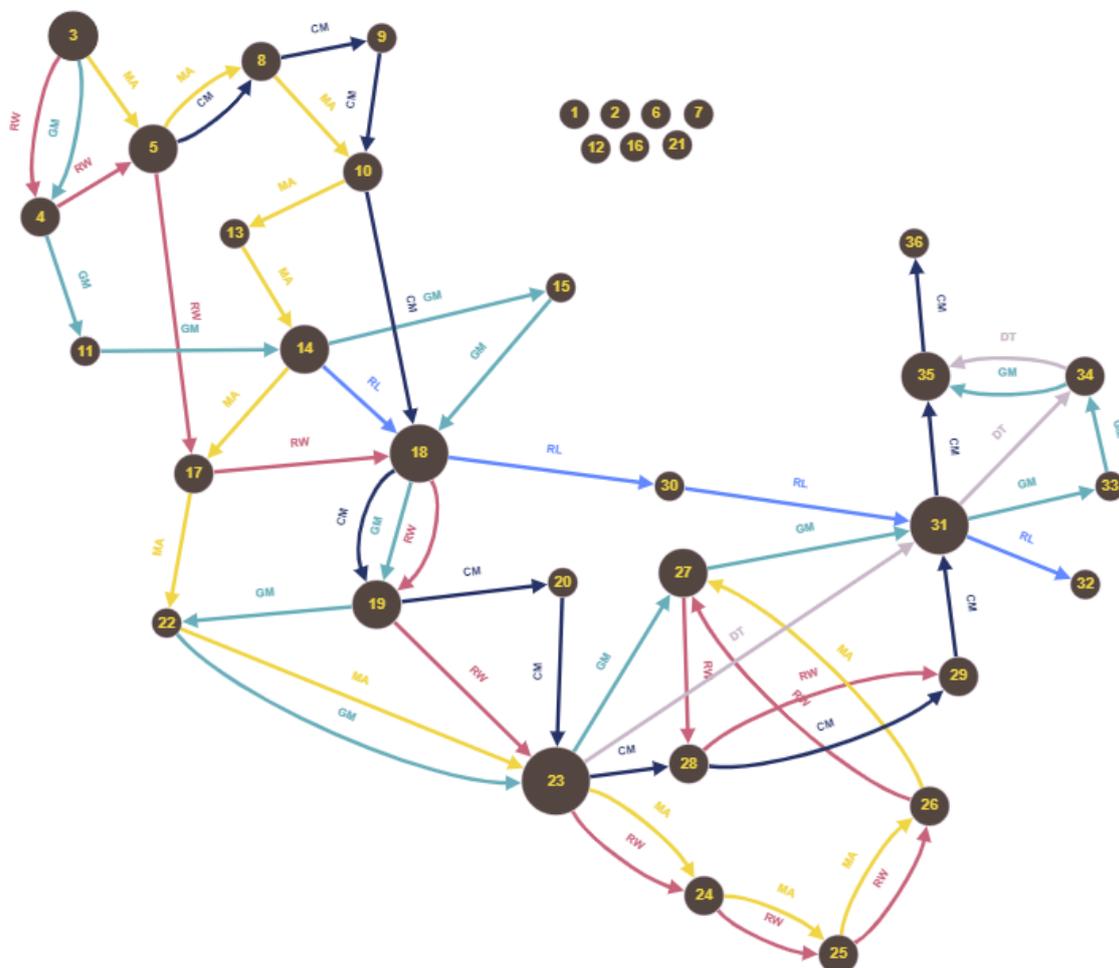


Diagrama 2 – Exemplo de representação de estrutura argumentativa proposta por este trabalho

No diagrama acima, inspirado na teoria dos grafos³², cada um dos vértices representa um argumento, com sua identificação numérica. Os vértices não são agrupados, e cada um opera como uma entidade relativamente autônoma. Os vértices que

³² A teoria dos grafos é um ramo da matemática que estuda as relações entre os objetos de um determinado conjunto. Vem sendo desenvolvida pelo menos desde 1732, quando do célebre estudo de Euler sobre o problema das pontes de Königsberg e, mais recentemente, vem sendo largamente aplicada a modelos computacionais (principalmente as redes neurais) e linguísticos (redes semânticas). Uma introdução à teoria está disponível em Feofiloff, Kohayakawa e Wakabayashi (2011).

não participam do grafo (1, 2, 6, 7, 12, 16 e 21) indicam argumentos não utilizados, ou seja, argumentos que apareceram na história processual da matéria, mas que não foram empregados no julgamento das ADCs. A dimensão dos vértices está associada à sua valência, ou seja, ao número de arestas incidentes a ele, valor que pode ser utilizado, portanto, como indicador de sua frequência de ocorrência. As arestas, em diferentes cores, indicam o percurso argumentativo dos ministros, cujas iniciais são usadas como rótulos. As arestas não expressam relações semânticas entre argumentos; a única relação indicada é a de contiguidade (ou seja, a adjacência no texto). Como não se está explorando a força e a interação dos argumentos no interior do mesmo voto, as arestas têm todas a mesma espessura, e a distância entre os vértices, bem como toda a topografia do grafo, não são significativas, e atendem exclusivamente ao critério de legibilidade.

Desse modelo de representação espera-se, principalmente, que possa capturar 1) o repertório dos argumentos mobilizados, e 2) as várias trajetórias argumentativas no corpo de uma decisão colegiada. O modelo também teria o mérito de se beneficiar de algoritmos consolidados na teoria dos grafos para a extração de relações que seriam importantes a este trabalho, como o caminho hamiltoniano mínimo – o que visita cada vértice exatamente uma vez –, e que permitiria extrair um denominador argumentativo comum à decisão.

Antes, porém, que se possa avançar para a análise do acórdão, será importante resgatar a história recente da execução da pena antes do trânsito em julgado, que será a principal fonte para o conjunto de argumentos a ser utilizado – e contraditado – no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Capítulo 2. Da história processual

O tema da possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória – a chamada “antecipação da pena” ou “prisão provisória”³³ – conheceu, no intervalo de uma década, três superações de precedente no Supremo Tribunal Federal: até 2009, a prisão pena era considerada, em regra, compatível com o princípio da presunção da inocência; entre 2009 e 2016, passou a ser considerada inconstitucional; entre 2016 e 2019, voltou a ser permitida; a partir de 2019, voltou a ser proibida. Para que se possa delimitar a controvérsia e constituir a sua tópica, será fundamental recuperar essa história processual, objeto do presente capítulo.

2.1 O princípio da presunção da inocência

Em sua análise histórica, Pennington (2022) afirma que, embora a máxima legal “inocente até que se prove culpado” tenha surgido ainda no século XIII, derivada do *ius commune*, “[u]ma olhada nos relatos padrões de direito e de procedimento após o século XIII parece tornar risível a opinião de que qualquer concepção de ‘inocente até prova em contrário’ existia antes do século XVIII na jurisprudência europeia”³⁴.

O autor vincula o princípio da presunção da inocência, ou do estado de inocência, ou da não culpabilidade, em sua acepção moderna, a Cesare Beccaria, que, já em 1764, sustentava que “[u]m homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz”³⁵. Seria produto, pois, da tradição jurídica do Iluminismo e do liberalismo, e se inscreveria entre os direitos fundamentais de primeira geração: direitos de resistência ou de oposição do indivíduo perante o Estado, de cunho negativo, na medida em que

³³ Parece haver, nos debates que se vão travar em torno do tema, uma disputa onomasiológica sobre os termos “execução antecipada da pena” e “prisão provisória”. A corrente contrária à possibilidade de prisão não cautelar antes do trânsito em julgado considera haver, nesse caso, antecipação da pena e, por isso, emprega, com conotação negativa, a expressão “execução antecipada”. Do outro lado, a posição é diametralmente contrária: a prisão, na medida em que já seria devida, não seria propriamente “antecipada”, porque tempestiva; prefere-se, assim, o termo “prisão provisória” (em oposição a “prisão definitiva”). Esse litígio semântico sintetiza a principal divergência relativa ao caso: o marco temporal do início da execução da pena.

³⁴ PENNINGTON, 2023, p. 62.

³⁵ BECCARIA, [1764], p. 37.

impõem, ao Estado, uma obrigação de abstenção ou de não fazer, e que criam uma zona de não intervenção, uma esfera de autonomia individual frente ao poder público.

O postulado surge, durante o Antigo Regime, em oposição ao “privilégio da acusação”, característico do sistema inquisitivo, sendo aplicável especialmente à disciplina jurídica da prova, cujo ônus passa a recair sobre o acusador: “a culpa, e não a inocência, é que deve ser demonstrada”³⁶. É com sentido substancial, e como garantia fundamental, que é positivado como um dos 17 artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, em 1789:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei;

Dali se irradiaria para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela III Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948:

Art. 11. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

Para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁷, adotado pela XXI Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966:

Art. 15. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

E para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁸, firmada em San José, na Costa Rica, em 1969:

Art. 16. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

No Brasil, em que pese a adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada ainda em 1948, o princípio só passou a ser expressamente constitucionalizado

³⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 441.

³⁷ Internalizado pelo Decreto nº 596, de 6 de julho de 1992.

³⁸ Ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

em 1988, com a redação – uma entre as inúmeras candidatas³⁹ – proposta pelo deputado José Ignácio Ferreira (PMDB/ES) na Emenda Modificativa nº 11.998, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte:

Art. 5º.

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No entanto, a internalização do princípio no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi considerada obra inacabada.

O atual Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-Lei 3.689/1941 – produto do Estado Novo, inspirado pelos preceitos da Escola Italiana de Criminologia Positivista, de Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, tinha por princípio a culpabilidade, privilegiando-se a segurança pública e a defesa social: o interrogatório do réu, sem interferência do defensor, era realizado como meio de prova (e não como meio de defesa)⁴⁰; o silêncio era evidência de culpa⁴¹; a prisão preventiva era automática nos crimes a que era cominada pena de reclusão de dez anos ou mais⁴²; a sentença absolutória não era suficiente para restabelecer a liberdade do réu, a depender do grau da infração penal⁴³.

Embora o caráter autoritário do CPP tenha sido mitigado pelas alterações produzidas, principalmente, a partir da década de 1970, a presunção de culpabilidade continuou e continua a vigorar no Brasil na prática cotidiana das autoridades policiais e dos meios de comunicação de massa, particularmente quando – como se costuma dizer – os acusados são pretos, pobres ou periféricos⁴⁴.

³⁹ Moraes (2010) identifica pelo menos cinco redações diferentes para o princípio durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

⁴⁰ Art. 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas

⁴¹ Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

⁴² Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

⁴³ Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

⁴⁴ Mas não apenas: autoridades e celebridades são, em regra, consideradas culpadas até prova em contrário. Cita-se, como exemplo paradigmático de linchamento virtual, o caso da Escola Base, de São Paulo (RIBEIRO, 1995); e, mais recentemente, como exemplo de abuso policial, o caso Cancellier (MARKUN, 2021). Em ambos os casos parece-se evidenciar que o princípio da culpabilidade – e não apenas em relação a excluídos, embora principalmente – encontra raízes profundas e vigorosas na cultura brasileira.

De resto, o recrudescimento do direito penal do inimigo, da apologia da prisão e do aumento de penas e do rigor penal como solução para a criminalidade, reprimada a vocação inquisitorial do CPP por meio de leis extravagantes – como, por exemplo, a Lei 8.072/1990⁴⁵, dos crimes hediondos, e a Lei 9.613/1998⁴⁶, sobre lavagem de dinheiro, que invertiam o ônus da argumentação sobre a necessidade de prisão em caso de sentença recorrível; como o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido pela Lei 10.792/2003, que permitia que o condenado pudesse submeter-se a penas mais severas com base em “fundadas suspeitas”⁴⁷; e como a Lei 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, que admitia que o juiz pudesse proferir medidas cautelares ou recebesse denúncia ou queixa-crime com base apenas nas declarações de colaborador⁴⁸.

Essas iniciativas legislativas, combinadas à atuação policial e à seletividade do sistema penal, parecem evidenciar que o princípio da presunção da inocência tem, no nosso ordenamento jurídico, caráter ainda programático, de baixa densidade e pouca força normativa, caracterizando-se ainda como elemento de “insinceridade constitucional”⁴⁹, vestígio de um constitucionalismo semântico, pré-normativo.

Como evidências adicionais dessa tradição, assinala-se a frequente utilização, pelo STF, do princípio “in dubio pro societate” na decisão de pronúncia⁵⁰, e o número exorbitante de cidadãos em regime de prisão preventiva, um dos fatores a levar o próprio Tribunal a declarar, no âmbito da ADPF 347, o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

⁴⁵ Art. 2º.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

⁴⁶ Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

⁴⁷ Art. 52.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

⁴⁸ Art. 4º.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

⁴⁹ Barroso (2006) associa o termo “insinceridade constitucional” ao estágio em que as constituições caracterizavam-se como “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (p. 49).

⁵⁰ ROSA, 2020.

2.2 A execução provisória até 2009

Até 2009, o STF considerava compatível com o princípio da presunção da inocência a execução da pena em processo ainda pendente de recursos nas instâncias superiores⁵¹.

Em que pese a dicção do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que faz explícita referência “ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o Tribunal apoiava-se, principalmente, na literalidade do art. 637, do CPP, que estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A condenação criminal nas instâncias ordinárias teria, pois, eficácia imediata, e não comprometeria o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A orientação – de tão hegemônica – foi contemplada pela Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), editada em 2002, segundo a qual, “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

A questão também parece pacificada nas Súmulas 716 e 717, editadas pelo próprio STF em 2003:

SÚMULA 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Curiosamente, no entanto, o mesmo Tribunal que admitia a execução antecipada de pena privativa de liberdade vedava a execução das sanções restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória⁵². O fundamento, nesse caso, era a letra do artigo 147 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984):

⁵¹ São inúmeros os julgados neste sentido: HC 70.662, Celso de Mello, 4/11/1994; HC 71.723, Ilmar Galvão, 16/6/1995; HC 79.814, Nelson Jobim, 13/10/2000; HC 80.174, Maurício Corrêa, 12/4/2002; RHC 84.846, Carlos Velloso, 5/11/2004; RHC 85.024, Ellen Gracie, 10/12/2004; HC 91.675, Cármen Lúcia, 7/12/2007.

⁵² HC 84.859, Celso de Mello, 13/05/2005; HC 84.677, Cezar Peluso, 23/11/2004; HC 88.413, Cezar Peluso, 9/6/2006; HC 89.435, Celso de Mello, 20/03/2007.

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

Da mesma forma, mas no campo cível, o STF sempre decidiu pela impossibilidade de antecipação de qualquer efeito de decisão relativa à propriedade anteriormente à sentença definitiva⁵³.

2.3 HC 84.078/MG

A posição do STF foi alterada e unificada no julgamento do HC 84.078/MG, relatado pelo ministro Eros Grau e julgado pelo Plenário do STF em fevereiro de 2009. A partir desse caso, passou a prevalecer a tese de que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória somente poderia se dar quando presentes os requisitos necessários para a prisão cautelar.

O paciente do HC – O. C. V. – havia sido condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão por homicídio privilegiado. Levado a novo julgamento, em virtude do provimento de apelação do Ministério Público, foi condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão por homicídio qualificado, sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A defesa interpôs recursos especial e extraordinário.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial porque o paciente havia posto bens à venda, o que configuraria intenção de fuga. A prisão preventiva foi decretada, e a defesa impetrou HC junto ao STF impugnando os fundamentos para a prisão cautelar. Os próprios advogados frisavam que o caso se referia, não à possibilidade de execução da sentença após decisão de segunda instância, mas à observância dos requisitos para a prisão preventiva.

A liminar foi, a princípio, indeferida pelo ministro Nelson Jobim, que depois reconsiderou sua decisão, convencido da tese de que o paciente havia alienado os bens para adquirir equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento de nova atividade econômica.

⁵³ Veja-se, por todos, o RE 482.006/MG, Ricardo Lewandowski, 07/11/2007, em que o STF acompanha, por unanimidade, o voto do relator.

Na análise de mérito do HC, a Primeira Turma reconheceu a falta de fundamento para a prisão preventiva, mas denegou a ordem, amparada na jurisprudência da Corte, que afirmava “a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo”. Convertida, portanto, no exame da possibilidade de execução antecipada da pena, a matéria foi levada ao Pleno do STF, por proposta do ministro Ayres Britto⁵⁴, que reconhecia divergências entre as duas turmas do Tribunal sobre a matéria e pedia pela “solução definitiva” da controvérsia.

No Plenário do STF prevaleceu, à época, o entendimento de que “[a] prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”⁵⁵. A ordem foi concedida por 7 votos a favor (Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes) e 4 votos contrários (Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie).

Do acórdão correspondente, podem-se retirar os seguintes argumentos que, como veremos, serão frequentes na discussão do tema. Os argumentos são apresentados na ordem em que aparecem no acórdão e seguem as regras indicadas no Capítulo 1. Como vários ministros mobilizam os mesmos argumentos, são apresentados apenas alguns exemplos extraídos de alguns votos.

Os argumentos contra a execução antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (A) são apresentados na Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 - Argumentos contrários à execução provisória no HC 84.078 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
A1	<i>lex posterior derogat priori</i> <i>lex specialis derogat generali</i>	Princípio cronológico e de especialidade na resolução de antinomias: “Os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 [Lei de Execução Penal, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, arts. 147 e 164], além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP” (Eros Grau, p. 8);
A2	A ampla defesa é, por definição, ampla.	Definição de ampla defesa: “a ampla defesa não se pode visualizar de modo restrito [e] engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária” (Eros Grau, p. 11);
A3	O dispositivo constitucional é claro e unívoco.	Interpretação literal do art. 5º, LVII, da Constituição: a execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil (Eros Grau, p. 14);

⁵⁴ Vencidos os votos de Eros Grau (relator) e Cezar Peluso.

⁵⁵ BRASIL, 2009.

ID	Argumento	Descrição
A4	O dispositivo contém uma regra expressa (e não apenas um princípio).	A presunção da inocência é uma regra, e não um princípio: “mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição” (Eros Grau, p. 15, fazendo referência ao voto do ministro Marco Aurélio no HC 69.964);
A5	Direito é meio, e não fim.	Falácia do consequencialismo: Justiça penal não se confunde com conveniência judiciária: “a antecipação da execução penal [...] apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados” [para evitar o uso excessivo e abusivo de recursos especiais e extraordinários e o sentimento de impunidade] (Eros Grau, p. 17);
A6	A execução antecipada ofende a dignidade humana	Princípio da dignidade da pessoa humana: a execução antecipada da pena configura (grave) atentado contra a dignidade da pessoa humana que, mesmo criminosa, é sujeito de direito e não objeto processual ou de política criminal (Eros Grau, p. 18; Gilmar Mendes, p. 149);
A7	O trânsito em julgado é requisito para a execução de penas menos graves.	Com tanto mais razão (“a fortiori ratiōne”): “se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença [conforme entendimento pacificado do STF], com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo” (Eros Grau, p. 10); ou “[a] Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional [da presunção de não-culpabilidade, cf. RE 482.006/MG, de 2007] em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade” (Eros Grau, p. 18);
A8	O direito à liberdade é uma garantia fundamental.	O direito à liberdade é uma garantia fundamental: “a prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5a, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem (Celso de Mello, p. 65); “o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si” (Gilmar Mendes, p. 149);
A9	Não existe um gradiente de inocência.	A inocência tem caráter absoluto: “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição” (Celso de Mello, p. 73);
A10	O devido processo legal é uma garantia do acusado.	Natureza do processo: o processo serve à defesa do réu e da cidadania, não como instrumento de defesa da sociedade e do Estado (Ayres Britto, p. 114);
A11	A competência das instâncias ordinárias não se confunde com a dos tribunais superiores.	Falácia do desprestígio das instâncias ordinárias: “[o] art. 312 do CPP já garante a prisão cautelar e, portanto, o prestígio das instâncias ordinárias” (Ayres Britto, p. 109);
A12	A execução antecipada ofende o valor da justiça.	“[u]m processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional” (Ayres Britto, p. 118);

ID	Argumento	Descrição
A13	Os efeitos da prisão são irreversíveis.	Irreparabilidade das prisões injustas: a liberdade perdida não pode ser devolvida (Marco Aurélio, p. 132);
A14	O sistema penal é falível.	Falibilidade do sistema penal: “é um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira, muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público” (Gilmar Mendes, p. 136); cerca de 30% dos Habeas Corpus impetrados no STF são concedidos (Gilmar Mendes, p. 136);
A15	Existe instrumento menos gravoso do que a antecipação da pena.	Princípio da proporcionalidade. A antecipação da execução não é necessária, pois já existe a prisão cautelar (Celso de Mello, p. 68); execução antecipada da pena não atende ao requisito da necessidade do princípio da proporcionalidade, pois poderia ser substituída por instrumento menos gravoso e igualmente eficaz: a prisão preventiva (Gilmar Mendes, p. 152);
A16	O passado não vincula o presente	Mutação constitucional: “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” e “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”. Logo, o STF pode, sim, rever a jurisprudência e alterar o entendimento que mantinha em relação ao tema, dada a mudança dos fatores, temporalmente condicionados, que presidiam à sua interpretação (Gilmar Mendes, p. 156).

Os argumentos a favor da execução antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (B) são apresentados na Tabela 2 abaixo:

Tabela 2 - Argumentos favoráveis à execução provisória no HC 84.078 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
B1	A culpa se prova nas instâncias ordinárias	A culpa se prova nas instâncias ordinárias: “[o] esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados” (Menezes Direito, p. 54);
B2	Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.	A vedação à execução antes do trânsito em julgado atribuiria, <i>contra legem</i> , efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário: “se se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos” (Menezes Direito, p. 54);
B3	A execução antes do trânsito em julgado não suprime garantias	A execução antes do trânsito em julgado não suprime garantias: “a antecipação não acarretaria qualquer lesão ao sistema jurídico de proteção do cidadão subordinado a processo penal, porque seria possível obter a suspensão da execução pelos amplos meios de defesa [notadamente o habeas corpus] que nosso sistema processual confere aos réus” (Menezes Direito, p. 55);

ID	Argumento	Descrição
B4	Não é assim em praticamente nenhum lugar do mundo.	Direito comparado: “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade” (Menezes Direito, p. 56, citando o ministro Néri da Silveira); “nenhum país do mundo, realizado o duplo grau de jurisdição, admite que a condenação fique suspensa, aguardando julgamento da Corte Suprema” (Ellen Gracie, p. 125);
B5	A execução antes do trânsito em julgado previne o uso abusivo de recursos.	Profilaxia contra o uso abusivo dos mecanismos recursais. A execução antes do trânsito em julgado seria “mecanismo inibitório de manobras de toda sorte que se destinam a procrastinar os julgamentos e impedir a execução da condenação dos réus, entre elas, a procura desenfreada da prescrição das penas” (Menezes Direito, p. 58);
B6	A execução antes do trânsito em julgado opera o equilíbrio entre os direitos do réu e os da sociedade	Equilíbrio entre os direitos do réu e da sociedade. A execução após o trânsito pelas instâncias ordinárias opera o equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (Menezes Direito, p. 58, citando estudo do procurador Douglas Fischer);
B7	A vedação da execução antes do trânsito em julgado impede o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.	Efetividade penal. A vedação da execução antes do trânsito em julgado impede o “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (Joaquim Barbosa, p. 96), produz um “sistema penal de faz-de-conta” (p. 88), causa “estado de impunidade” (p. 95) e frustra os fins da pena, de prevenção geral e especial; provoca “inabilidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressente” (Ellen Gracie, p. 124);
B8	A vedação da execução antes do trânsito em julgado afronta a legitimidade das instâncias ordinárias	Legitimidade das instâncias ordinárias. A vedação da execução antes do trânsito em julgado afronta a legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade (Joaquim Barbosa, p. 95);
B9	A execução antes do trânsito em julgado é compatível com o ordenamento jurídico.	Interpretação sistemática: “a Emenda Constitucional nº 45, ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária” (Joaquim Barbosa, p. 97); O CPP não impede a execução antes do trânsito em julgado: “o art. 105, do CPP, fala em ‘guia de recolhimento definitivo’; não há qualquer óbice à expedição de guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado” (Joaquim Barbosa, p. 99);
B10	A vedação da execução antes do trânsito em julgado compromete a duração razoável do processo.	Duração razoável do processo. A vedação da execução após a segunda instância impede a “concretização do direito à razoável duração do processo” (Joaquim Barbosa, p. 98);
B11	Decisões condenatórias são raramente reformadas nos tribunais superiores.	As sentenças condenatórias são raríssimas vezes alteradas pelas instâncias superiores (Joaquim Barbosa, p. 101): “é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias” (Ellen Gracie, p. 128);

ID	Argumento	Descrição
B12	A prisão cautelar não é um substituto válido para a execução antes do trânsito em julgado.	A prisão cautelar não é um substituto válido para a execução antes do trânsito em julgado: os requisitos para a prisão cautelar oferecem raras oportunidades de cumprimento da pena em caso de sentença condenatória (Ellen Gracie, p. 121);
B13	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal:	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal: “é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova” (Ellen Gracie, p. 122);
B14	Presunção não se sobrepõe a juízo.	Presunção não se sobrepõe a juízo: “presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão” (Ellen Gracie, p. 122);
B15	Direito Civil não se confunde com Direito Penal.	Direito Civil não se confunde com Direito Penal: “os bens jurídicos tutelados são diversos e diversas, portanto, as formas de execução” (Ellen Gracie, p. 128).

2.4 Lei nº 12.403/2011

A tese da impossibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória já vinha sendo sustentada – desde o início dos anos 2000 – pela comissão de juristas encarregada pelo Ministério da Justiça de preparar reformas ao CPP.

Nomeada pela Portaria MJ 61/2000 e integrada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Sacarance Fernandes, Petrônio Calmon Filho, Miguel Reale Jr., Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, a Comissão entregou, em 2000, sete anteprojotos, um dos quais deu origem ao Projeto de Lei 4.208/2001, de iniciativa da Presidência da República, que foi transformado na Lei 12.403, promulgada em 4 de maio de 2011.

Da exposição de motivos da proposta consta que

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema [...] Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são [...] d) **impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado,**

haver prisão que não seja de natureza cautelar (grifos meus)⁵⁶.

A orientação é confirmada na Mensagem nº 214, de 2001, pela qual o então ministro da Justiça, José Gregori, encaminha o anteprojeto de lei ao Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Na mensagem se lê que:

Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que **toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar**. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito (grifos meus)⁵⁷.

Na proposta, a redação apresentada para o art. 283, que não sofreu qualquer modificação durante os 10 anos de tramitação na Câmara e no Senado, já é a de que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Promulgado em 2011, como parte das alterações introduzidas ao CPP pela Lei 12.403/2011, o texto – embora anterior à decisão do STF – confirmava e pacificava a interpretação dada pela Corte quanto à impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a prisão cautelar.

2.5 Reações

A vedação à execução da pena antes do trânsito em julgado não chegou a constituir, propriamente, um precedente vinculante horizontal: vários ministros continuaram a manter, em suas decisões monocráticas posteriores, o posicionamento anterior da Corte, ou seja, pela possibilidade de início da execução antes do trânsito em julgado⁵⁸.

⁵⁶ GRINOVER et alii, 2000.

⁵⁷ BRASIL, 2008.

⁵⁸ HC 98.018 (Joaquim Barbosa), AI 795.677 (Celso de Mello) e AI 793.454 (Gilmar Mendes).

Em 2011, o ministro Cezar Peluso concebeu uma proposta de transformação dos recursos especial e extraordinário em ações rescisórias, como forma de evitar que a remessa de casos à apreciação dos tribunais superiores pudesse ser utilizada como expediente de dilação processual. Dessa forma, as decisões das cortes inferiores poderiam transitar em julgado independentemente do prosseguimento da discussão no STJ ou no STF, o que constituiria uma forma de assegurar a execução da pena após a confirmação da decisão na segunda instância. Encampada pelo senador Ricardo Ferraço sob a forma da PEC 15/2011 – a chamada PEC dos Recursos –, a proposta não chegou a ser votada pelo plenário do Senado e terminou arquivada ao fim da 55ª Legislatura.

Cinco anos mais tarde, em 2016, começaria a tramitar na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.850, de 2016, de iniciativa popular, que reuniu as propostas contidas nas “10 Medidas contra a Corrupção” elaboradas pelo Ministério Público Federal (MPF). Do conjunto de medidas relacionadas ao “aperfeiçoamento do sistema recursal penal” consta anteprojeto de emenda constitucional que prevê que “[a]o proferirem julgamento de mérito em matéria penal, os tribunais de apelação autorizarão, a pedido do Ministério Público, a execução provisória da decisão penal condenatória, para todos os fins, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou recurso especial”⁵⁹.

Objeto de uma comissão especial da Câmara, o projeto foi aprovado, em 2017, sob a forma de um substitutivo proposto pelo relator, deputado Onyx Lorenzoni, que não acolheu, porém, a sugestão do MPF relativa à execução da pena antes do trânsito em julgado. No mesmo ano, o projeto, já em tramitação no Senado (PLC 80/2016), foi devolvido à Câmara em atendimento à medida liminar concedida pelo ministro Luiz Fux, do STF, nos autos do Mandado de Segurança nº 34.530, sob alegação de irregularidades no processo de votação⁶⁰.

⁵⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. 10 Medidas contra a Corrupção. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/produtos/pdf/10_MEDIDAS_ONLINE.pdf. Acesso em: 27 mar de 2023. p. 90.

⁶⁰ Em seu voto, o ministro Luiz Fux concedeu a liminar baseado na “multiplicidade de vícios que, *primo ictu oculi*, são observáveis no processo legislativo”: a apropriação de projeto de lei de iniciativa popular por parlamentar, a desfiguração da essência do anteprojeto e a distorção da essência do instituto constitucional da lei de iniciativa popular.

2.6 HC 126.292/SP

Em fevereiro de 2016, antes mesmo da apresentação das 10 Medidas contra Corrupção, o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki, voltou a considerar compatível com a Constituição Federal o início da execução da pena após a decisão de segundo grau.

M. R. D., o paciente do HC, tinha sido condenado, em 2013, à pena de 5 anos e 4 meses em regime inicial fechado pelo crime de roubo qualificado (assalto à mão armada com concurso de pessoas). Na apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a sentença foi confirmada, e a prisão do paciente, que respondia em liberdade, foi decretada de ofício. As advogadas de M. R. D. impetraram *habeas corpus* ao STJ, que negou a liminar, alegando jurisprudência defensiva. Irresignadas, impetraram HC ao STF.

O processo foi distribuído ao ministro Teori Zavascki, que deferiu a liminar em fevereiro de 2015, sob a alegação de que “o TJ-SP não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente M.R.D., conforme estabelece o artigo 312 [do CPP], e isso está em desacordo com a jurisprudência do STF”.

Afetada ao Plenário, quando do julgamento de mérito, a matéria foi a votação em 17 de fevereiro de 2016. Apesar do parecer favorável à concessão do HC pelo MPF, o relator mudou seu voto, revogou a liminar e denegou a ordem, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros, que decidiram pela constitucionalidade do cumprimento antecipado da pena após decisão em grau colegiado.

Uma nova composição da Corte garantiu o *overruling* da posição anterior (firmada no HC 84.078/MG) por 7 votos contrários (Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin) e 4 votos favoráveis à ordem do HC (Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski).

Desse novo embate, realizado exatos 8 anos após o primeiro, sairia vitoriosa a tese 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.⁶¹

⁶¹ BRASIL, 2015.

O paciente do HC, que havia recorrido da decisão de primeira instância em liberdade, e que teve decretada a prisão no próprio recurso de defesa (o Ministério Público não havia apelado da decisão), teve finalmente cumprida a expedição do mandado de prisão, depois de ter sido beneficiado pela liminar do relator.

Da análise do acórdão sobressaem os argumentos apresentados em seguida. Os argumentos deixam de ser apresentados na ordem em que aparecem no texto do acórdão para que se possa manter a numeração e nomenclatura já utilizadas por ocasião do HC 84.078, já que muitos dos argumentos se repetem. Os novos argumentos são assinalados com um asterisco.

Os argumentos a favor da execução antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (B) são apresentados na Tabela 3 abaixo:

Tabela 3 - Argumentos favoráveis à execução provisória no HC 126.292 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
B1	A culpa se prova nas instâncias ordinárias	A culpa se prova nas instâncias ordinárias: “a confirmação de sentença penal condenatória pelo segundo grau de jurisdição, que exaure o exame sobre os fatos e provas da causa, e onde se fixa a responsabilidade criminal do acusado, imprime “acentuado juízo de consistência da acusação” e substitui a presunção de inocência por um “juízo de culpa”, o que autorizaria a prisão como “consequência natural da condenação” (Teori Zavascki, p. 6; Carmen Lúcia, p. 62); A decisão das instâncias ordinárias faz coisa julgada do conjunto fático-probatório (Luiz Fux, p. 59);
B2	Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.	Natureza dos recursos especial e extraordinário, que “tratam de questões jurídicas que transcendem o interesse subjetivo das partes [e, portanto] não têm efeito suspensivo” (Teori Zavascki, p. 5);
B3	A execução antes do trânsito em julgado não suprime garantias	A execução antes do trânsito em julgado não suprime garantias: eventuais equívocos e excessos nos juízos condenatórios poderiam ser corrigidos por medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo (Teori Zavascki, p. 19); o condenado tem “remédios” para reverter o abuso na decisão condenatória (Gilmar Mendes, p. 72);
B4	Não é assim em praticamente nenhum lugar do mundo.	Direito comparado; “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (Teoria Zavascki, p. 12; Luís Roberto Barroso, p. 48, ambos com referência a Ellen Gracie); no direito internacional, a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito (Gilmar Mendes, p. 69);

ID	Argumento	Descrição
B5	A execução antes do trânsito em julgado previne o uso abusivo de recursos.	Profilaxia contra o uso abusivo dos mecanismos recursais: a interpretação, em grau absoluto, do princípio da presunção da inocência “tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória” (Teori Zavascki, p. 17; Luís Roberto Barroso, p. 28);
B6	A execução antes do trânsito em julgado opera o equilíbrio entre os direitos do réu e os da sociedade	Equilíbrio entre os direitos do réu e da sociedade: a execução após as instâncias ordinárias promove o “necessário equilíbrio” entre o princípio da presunção da inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, “que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade” (Teori Zavascki, p. 4);
B7	A vedação da execução antes do trânsito em julgado impede o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.	Efetividade penal: a partir do exame pelas instâncias ordinárias, a pena passa a constituir “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal” (Luís Roberto Barroso, p. 27); o distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva comprometeria os objetivos da pena, de prevenção especial e geral (Luís Roberto Barroso, p. 34);
B8	A vedação da execução antes do trânsito em julgado afronta a legitimidade das instâncias ordinárias	Legitimidade das instâncias ordinárias: a presunção absoluta de inocência configuraria a presunção absoluta de inépcia ou desconfiança das instâncias ordinárias (Edson Fachin, p. 25);
B9	A execução antes do trânsito em julgado é compatível com o ordenamento jurídico.	Interpretação sistemática. A Lei da Ficha Limpa, declarada constitucional pelo STF nas ADCs 29 e 30, não impede que a condenação criminal surta efeitos severos antes do trânsito em julgado (Gilmar Mendes, p. 68);
B10	A vedação da execução antes do trânsito em julgado compromete a duração razoável do processo.	Duração razoável do processo. A vedação da execução após a segunda instância impede a “concretização do direito à razoável duração do processo” (Joaquim Barbosa, p. 98); a justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada (Cármem Lúcia, p. 66);
B11	Decisões condenatórias são raramente reformadas nos tribunais superiores.	As sentenças condenatórias são raríssimas vezes alteradas pelas instâncias superiores: o número de revisões penais, nas instâncias superiores, é irrisório (Teori Zavascki, p. 15; Luís Roberto Barroso, p. 45);
B13	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal.	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal: “o domínio mais expressivo da incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova”, sendo mais pertinente, portanto, à instrução criminal (Teori Zavascki, p. 8, fazendo referência à ministra Ellen Gracie);
B16*	A jurisprudência do STF autorizava a execução antes do trânsito em julgado.	Argumento histórico: restauração da jurisprudência tradicional do STF, que, em inúmeros julgados anteriores a 2009, e também nas Súmulas 716 e 717, reconhecia a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade (Teori Zavascki, p. 5);

ID	Argumento	Descrição
B17*	A presunção de inocência é princípio que precisa ser harmonizado com outras normas constitucionais.	Ponderação de princípios: a presunção da não culpabilidade seria princípio, e não regra, e precisaria ser interpretado em harmonia com outras normas constitucionais, ou ponderado com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, entre os quais o princípio da duração razoável do processo (Edson Fachin, p. 22), e o interesse constitucional na “efetividade da lei penal”, derivado do “princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”, isto é, da ideia de que “o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes” (Luís Roberto Barroso, p. 40-43);
B18*	Regime de culpabilidade não é o mesmo que regime de prisão.	Regime de culpabilidade não é o mesmo que regime de prisão: “a Constituição não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Luís Roberto Barroso, p. 27); “o que a Constituição determina é não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação” (Cármem Lúcia, p. 62);
B19*	A execução antes do trânsito em julgado combate a seletividade penal.	Combate à seletividade penal. A possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau “diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco” (Luís Roberto Barroso, p. 28);
B20*	A vedação da execução antes do trânsito em julgado promove o sentimento de impunidade.	Mutação constitucional. Houve alteração no contexto fático que requer a transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição, sem modificação do texto. A alteração no contexto fático � referida como o “impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudanç�a de orientação [do STF, em 2009]”, que teria incentivado a interposição de recursos protelatórios, fortalecido a seletividade do sistema penal e promovido o descrédito da justiç�a penal junto � sociedade, com a “deletéria sensação de impunidade” (Luís Roberto Barroso, pp. 32-34); “essa presunção [absoluta] da inocência não corresponde mais àquilo que se denomina de sentimento constitucional”, isto é, “não encontra mais ressonância no meio social”, constituindo um “vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos” (Luiz Fux, p. 60);
B21*	O Brasil não é bem avaliado em relação ao combate à corrupção.	Crítica dos organismos externos. A Convenção Interamericana contra a Corrupção teria condenado a letargia da prestação jurisdiccional brasileira (Luís Roberto Barroso, p. 48);
B22*	A vedação da execução antes do trânsito em julgado incentiva prisões provisórias.	O excesso de prisões provisórias é derivado da vedação da execução antes do trânsito em julgado: “se você não pune no início, não consegue punir no final” (Luís Roberto Barroso, p. 64);

ID	Argumento	Descrição
B23*	Há um gradiente de culpabilidade.	O CPP prevê um gradiente de culpabilidade: “para uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’; para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios de autoria; para condená-lo, é imperiosa a prova além da dúvida razoável” (Gilmar Mendes, p. 67); o princípio da presunção da inocência “não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado” (Gilmar Mendes, p. 72);

Os argumentos contra a execução antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (A) são apresentados na Tabela 4 abaixo:

Tabela 4 - Argumentos contrários à execução provisória no HC 126.292 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
A3	O dispositivo constitucional é claro e unívoco.	Interpretação literal do art. 5º, LVII, da Constituição: O texto da Constituição é claro (“in claris cessat interpretatio”): “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional” (Marco Aurélio, p. 77); o dispositivo constitucional é “taxativo, categórico” (Ricardo Lewandowski, p. 97);
A4	O dispositivo contém uma regra expressa (e não apenas um princípio).	A presunção da inocência é uma regra, e não um princípio (Rosa Weber, p. 56, fazendo referência ao voto do ministro Marco Aurélio no HC 69.964);
A9	Não existe um gradiente de inocência.	A inocência tem caráter absoluto: “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição” (Celso de Mello, p. 93);
A13	Os efeitos da prisão são irreversíveis.	A liberdade perdida não pode ser devolvida (Marco Aurélio, p. 78); a perda da liberdade não é indenizável (Ricardo Lewandowski, p. 101);
A14	O sistema penal é falível.	Falibilidade do sistema penal: de 2006 a 2016, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos pelo STF (Celso de Mello, p. 93);
A15	Existe instrumento menos gravoso do que a antecipação da pena.	Princípio da proporcionalidade. A antecipação da execução não é necessária, pois já existe a prisão cautelar (Celso de Mello, p. 89);
A17*	A jurisprudência não deve ser alterada apenas pela alteração dos integrantes da Corte.	Segurança jurídica: a jurisprudência não deve ser alterada apenas pela alteração dos integrantes da Corte (Rosa Weber, p. 55);
A18*	O modelo constitucional brasileiro não é comparável a modelos internacionais.	Falácia do direito comparado. O modelo constitucional brasileiro não é comparável a modelos internacionais. Outras constituições, “ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal” (Celso de Mello, p. 88);
A19*	A antecipação da execução é incompatível com o regime democrático.	A execução da pena antes do trânsito em julgado é incompatível com o regime democrático: “no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório” (Celso de Mello, p. 91);

ID	Argumento	Descrição
A20*	A execução antecipada da pena é vedada pelo ordenamento jurídico.	Interpretação sistemática. Os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal condicionam a execução da pena ao trânsito em julgado (Celso de Mello, p. 95);
A21*	Os maiores processualistas do País são contrários à execução antecipada.	Argumento de autoridade. Os maiores processualistas do País são contrários à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado (Ricardo Lewandowski, p. 97);
A22*	A antecipação da execução é incompatível com o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro.	A antecipação da execução é incompatível com o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro (ADPF 34, RE 592.581) (Ricardo Lewandowski, p. 98);

2.7 ADCs 43, 44 e 54

Assim como no caso do HC 84.078/MG, também a decisão do STF no HC 126.292/SP não chegou a constituir, para o próprio Tribunal, um precedente vinculante: a posição majoritária da Corte não foi observada em várias decisões monocráticas posteriores⁶².

No entanto, foram apresentadas três ações declaratórias de constitucionalidade: duas em maio de 2016, três meses após o julgamento do HC 126.292; e uma em abril de 2018, dois anos mais tarde. A primeira ADC, de número 43, foi distribuída para a relatoria do ministro Marco Aurélio que, dada a coincidência dos objetos, foi considerado preventivo para relatar as duas outras, que receberam a numeração 44 e 54, respectivamente, e foram apensadas ao mesmo processo.

As três ações faziam o mesmo pedido principal: que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do CPP, cuja redação, à época, ainda era a da Lei 12.403/2011⁶³:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada

⁶² HC 137.741 (Marco Aurélio), HC 146.815 (Gilmar Mendes), HC 164.696 (Ricardo Lewandowski) e HC 164.709 (Ricardo Lewandowski).

⁶³ Em 2019, a redação do dispositivo seria alterada pela Lei 13.964 para:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A ADC 43, protocolada em 18/05/2016, foi patrocinada pelo então Partido Ecológico Nacional (PEN), e assinada pelos advogados Antônio Carlos de Almeida Castro, Claudio Pereira de Souza Neto, Ademar Borges de Sousa Filho, Beatriz Veríssimo de Sena e Guilherme Leite Chamum Aguiar. A ação requeria, ou a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, ou, sucessivamente, pelo menos enquanto perdurasse o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional: 1) o adiamento da pronúncia de inconstitucionalidade; 2) a aplicação de medidas alternativas à prisão; 3) a dilação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*; ou, em último caso, 4) a realização de interpretação conforme a Constituição para se determinar que fosse conferido efeito suspensivo aos recursos especiais apreciados pelo STJ⁶⁴.

A ADC 44, protocolada em 19/05/2016 (um dia depois da ADC 43), foi impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), e assinada pelos advogados Juliano Breda, André Karam Trindade, Lenio Luiz Streck e Cláudia Lamachia. A ação requeria a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, e acrescentava que, em caso de denegação, também deveriam ser declarados inconstitucionais os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal.

Em ambos os casos, pedia-se, cautelarmente, que o Tribunal impedisse que fossem antecipadas novas execuções e que fossem suspensas as antecipações que já estivessem em curso até o julgamento do processo. Entre os fundamentos do pedido de liminar citavam-se, como *fumus boni juris*: a presunção de constitucionalidade das leis, a “constitucionalidade espelhada”⁶⁵ do art. 283 do CPP, e a sistemática violação da cláusula de reserva do plenário⁶⁶ e da Súmula Vinculante 10⁶⁷ pelos tribunais de segundo grau; e como *periculum in mora*: os prejuízos aos que haviam sido encarcerados precocemente,

⁶⁴ Durante a sustentação oral, um dos signatários da ADC 43 – Antônio Carlos de Almeida Castro, o “Kakay” – informou que Jair Bolsonaro havia exigido sua destituição e o arquivamento da ação como condição para que fosse candidato a presidente pelo PEN. Kakay foi destituído, mas, dada a indisponibilidade das ADCs, a ação foi mantida. Seu novo representante, porém, durante a sessão de julgamento, fez sustentação oral em sentido completamente contrário ao proposto pela ADC.

⁶⁵ Os proponentes afirmavam que o art. 283 do CPP reproduzia dispositivo constitucional.

⁶⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶⁷ Súmula Vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

a necessidade de preservar o controle difuso de constitucionalidade, e a segurança jurídica.

Convidados a se pronunciar no processo, a Presidência da República, a Advocacia Geral da União (AGU) e o Senado Federal se manifestaram, a princípio, pela constitucionalidade do art. 283 do CPP e, portanto, pelo cabimento das ADCs 43 e 44. A AGU salientava, inclusive, que o “assentado no *habeas corpus* 126.299 não representou uniformização da jurisprudência”.

A Procuradoria Geral da República, por outro lado, propugnava pela “inconstitucionalidade parcial” do art. 283 do CPP, afirmando que “o impedimento à execução provisória da pena contribui para a disfuncionalidade do sistema prisional brasileiro”. Defendia também, como questão preliminar, a impossibilidade jurídica de uma modificação de jurisprudência em um espaço tão curto de tempo.

As medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 foram julgadas – e indeferidas – em 5 outubro de 2016. No julgamento, o resultado foi de 6 votos contrários (Luiz Fux, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso), 4 votos a favor (Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber) e um voto, igualmente vencido, do ministro Dias Toffoli, que divergiu da maioria, sugerindo como marco para o cumprimento da execução a decisão do STJ em sede de recurso especial.

Na ocasião o Tribunal se manifestou pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, porém com interpretação conforme a Constituição, definindo que “é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”⁶⁸.

Um mês mais tarde, em 10 de novembro de 2016, essa tese seria assentada, com repercussão geral (Tema 925), no julgamento do agravo ao recurso extraordinário 964.246/SP, também com relatoria do ministro Teori Zavascki:

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

⁶⁸ BRASIL, 2019.

presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁶⁹.

Como consequência da revisão jurisprudencial operada pelo STF no HC 126.292, posição confirmada pelo indeferimento das cautelares das ADCs 43 e 44 e no ARE 964.246, disseminou-se, nos tribunais, a tese de que, após a decisão da segunda instância, a execução da pena poderia se dar de forma automática, sem necessidade de fundamentação. É esse, por exemplo, o teor da Súmula 122 do TRF-4, de 14/12/2016, segundo a qual “[e]ncerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”.

Em que pese a agilidade no julgamento das cautelares, o mérito das ADCs 43 e 44 só seria analisado três anos depois. O relator, ministro Marco Aurélio, liberou seu voto ainda em dezembro de 2017 – antes mesmo, portanto, do protocolo da ADC 54 –, mas o mérito das ações só seria julgado em novembro de 2019. A razão do adiamento é reputada aos desdobramentos da Operação Lava-Jato, do Ministério Público Federal, em Curitiba, e principalmente ao julgamento de Luiz Inácio Lula da Silva, que passou a encarnar, para a mídia, a figura de principal beneficiário de eventual reversão da jurisprudência sobre a matéria⁷⁰. Essa hipótese figurava como provável dada a mudança de posição de Gilmar Mendes no HC 152.752, impetrado pelos advogados do então ex-presidente, e denegado em 04/04/2018.

A ADC 54 foi protocolada em 18/04/2018, em nome do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e assinada pelos advogados Celso Antônio Bandeira de Melo, Weida Zancaner Bandeira de Mello, Geraldo Prado, Gabriel de Carvalho Sampaio e Paulo Machado Guimarães. A ADC apresentava, como fato novo, a exemplo da Súmula 122 do TRF-4 há pouco referida, a ocorrência disseminada de prisões não fundamentadas, com base exclusivamente na “automaticidade” ou na “compulsoriedade” da execução após decisão em segundo grau, orientação divergente da preconizada pelo STF, seja na decisão relativa ao HC 126.292, seja nas liminares das ADCs 43 e 44.

⁶⁹ BRASIL, 2016.

⁷⁰ Recondo e Weber (2019) retraçam, com detalhes, as disputas internas do STF em relação ao caso, que só foi pautado quando a ministra Cármen Lúcia deixou a presidência do Tribunal (p. 321-326). Breda (2018) e Carvalho e Carriello (2019) também associam o atraso ao fator “Lula”. A interferência também é reconhecida pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto no acórdão das ADCs: “O caso Lula, de alguma forma, contaminou todo esse debate, tendo em vista essa politização” (p. 337).

A par do pedido principal, pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, a ação continha dois pedidos subsidiários: 1) para que fosse declarada a “necessidade de atendimento e fundamentação da execução provisória da pena à luz dos fundamentos e pressupostos previstos no art. 312 do CPP”; ou, sucessivamente, para que 2) a jurisdição do STJ pudesse operar como teto recursal antes da execução da sentença.

A cautelar solicitada na ADC 54 foi concedida pelo relator, em decisão monocrática, em 19/12/2018, mas teve os efeitos suspensos no dia seguinte, por decisão do ministro Dias Toffoli, então presidente do STF.

Em 2019, após a posse de Jair Bolsonaro na Presidência da República, a AGU reviu o entendimento anterior e passou a criticar a “interpretação hipergarantista” e a defender ser “coerente com a Constituição o principiar a execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição”.

O julgamento de mérito das ADCs 43, 44 e 54 ocorreu entre 17 de outubro e 7 de novembro de 2019. O Plenário do STF decidiu, por apertada maioria (6 a 5), que é constitucional o art. 283 do CPP. Votaram pela constitucionalidade os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli. Foram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que julgavam as ações parcialmente procedentes, para dar interpretação conforme, e o ministro Edson Fachin, que as julgava improcedentes.

Como este trabalho tem por objetivo exatamente o acórdão relativo a essas ADCs, não serão apresentados, neste capítulo, os argumentos que embasaram a decisão, que serão detalhados e analisados no próximo capítulo.

2.8 Desdobramentos

A recepção à nova “nova posição” do STF sobre o tema não poderia deixar de ser, como foi, polêmica. Registrem-se, a título de exemplo, duas reações.

De um lado, a decisão foi comemorada:

Nesse caso [...] prevaleceu a autonomia do Direito, coerente com nossa história jurídico-institucional, com a Constituição Federal e o Congresso Nacional. O STF reafirmou-se como guardião da Constituição, respeitando o Código de Processo Penal e a nossa Carta Magna. Fez a coisa certa: sem constranger-se com a chamada voz das ruas, manteve o avançar de uma agenda voltada à concretização das liberdades fundamentais. Mais:

entre o texto legal e o seu significado público, prevaleceu, enfim, a linguagem de mesmo traço. Pública”⁷¹

De outro foi lamentada:

O Brasil assistiu, estarrecido, ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n^{os} 43, 44 e 54, que culminou, em 7 de novembro de 2019, pela necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para prisão de criminosos [...] não podemos nos calar e permitir a impunidade. Sabemos que as maiores vítimas da criminalidade são os pobres – e são eles quem devemos proteger. [...] o Brasil inteiro é testemunha de que criminosos conseguem, mediante inúmeros recursos, evitar o cumprimento de sentenças condenatórias que impõem pena de prisão. É necessário mudar essa situação. [...] Criminosos com sentenças condenatórias confirmadas em segundo grau devem cumprir a pena determinada. É o que o Brasil espera, é o que o Brasil deseja⁷².

Como no julgamento do HC 84.078, a reação contrária encontrou rápido acolhimento em diversas estratégias de alteração do ordenamento jurídico. Na verdade, antes mesmo do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, já tramitavam, no Congresso Nacional, várias proposições legislativas que defendiam a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância. Entre elas podem ser citadas:

- PEC 410/2018, de autoria do deputado Alex Manente (Cidadania/SP), que altera o texto do inciso LVII do art. 5^o da Constituição Federal para prever que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso” (arquivada com parecer pela inadmissibilidade);
- PEC 411/2018, de autoria do deputado Onyx Lorenzoni (DEM/RS), que altera a redação do inciso LVII do art. 5^o da Constituição Federal para prever que “ninguém será considerado culpado até o esgotamento da jurisdição perante o Tribunal de segunda instância” (apensada à PEC 410/2018, e posteriormente arquivada com parecer pela inadmissibilidade);
- PLS 166/2018, de autoria do senador Lasier Martins (PSD/RS), que altera a redação do art. 283 do CPP para prever que “[a] prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal” (arquivado ao fim da legislatura, foi recentemente desarquivado a requerimento do senador Sérgio Moro);

⁷¹ STRECK, 2020, p. 228.

⁷² KAJURU, 2019.

- PLS 201/2018, de autoria do senador Randolfe Rodrigues (Rede/AP), que altera o art. 283 do CPP para prever a execução da pena a partir de decisão colegiada condenatória, revogando a referência ao trânsito em julgado (arquivado ao final da legislatura);
- PEC 5/2019, de autoria do senador Oriovisto Guimarães (Podemos/PR), que insere um inciso no art. 93 da Constituição Federal, para positivizar a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação por órgão colegiado (em tramitação);
- PEC 199/2019, de autoria do deputado Alex Manente (Cidadania/SP), que altera os artigos 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (em tramitação);
- PL 882/2019, Projeto de Lei Anticrime, de autoria do Poder Executivo, que altera vários dispositivos legais para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa (declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018);
- PL 5954/2019, de autoria do senador Major Olimpio (PSL/SP), que altera o art. 283 do CPP para permitir a prisão a partir da decisão de órgão jurisdicional colegiado recursal ou de competência originária (em tramitação);
- PL 5956/2019, de autoria do senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE), que altera o art. 283 do CPP para ara disciplinar a prisão após decisão condenatória em segunda instância (em tramitação);
- PL 5958/2019, de autoria do senador Jorge Kajuru (PSB/GO), que acrescenta, ao art. 283 do CPP, dois parágrafos, para determinar a execução imediata da pena de prisão após o julgamento em segundo grau (em tramitação);
- PL 4904/2020, de autoria do senador Randolfe Rodrigues (Rede/AP), que altera o CPP com o objetivo de afastar a ilegalidade automática da prisão preventiva (em tramitação).

O número de proposições legislativas em tramitação – e a diversidade partidária dos proponentes – parece revelar que a questão longe está de pacificada, à espera talvez de nova oportunidade de submeter o tema à nova composição do STF.

A oportunidade talvez venha a se configurar, sob nova roupagem, a partir do julgamento do RE 1.235.340 (Tema 1068), distribuído para a relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, que procura fixar a tese, com repercussão geral, de que “[a] soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta

pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada"⁷³. O processo – ainda pendente de julgamento – traz novamente à tona a delimitação do princípio da presunção da inocência e, nos votos já disponíveis, retoma vários dos argumentos utilizados nas ADCs 43, 44 e 54

⁷³ BRASIL. STF. RE 1235340/SC. Rel. Luís Roberto Barroso. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em: 31 mar. 23.

Capítulo 3. Da decisão

O acórdão com a decisão das ADCs 43, 44 e 54 foi publicado no DJe nº 270, de 12 de novembro de 2020, quase um ano após o julgamento. O texto contém 138.345 palavras, 15.755 linhas, 4.418 sentenças e 488 páginas, o que antecipa a dificuldade de uma análise minuciosa, com a extração de todos os argumentos e a recuperação completa de todas as trajetórias argumentativas.

Como já assinalado, o julgamento transcorreu entre 17 de outubro e 7 de novembro de 2019, em quatro sessões.

Na primeira sessão, do dia 17 de outubro, tiveram lugar a leitura do relatório e as sustentações orais dos requerentes e de vários *amici curiae* admitidos ao processo⁷⁴.

Durante a segunda sessão, realizada em 23 de outubro, houve duas outras sustentações orais⁷⁵ e as falas do Advogado-Geral da União (André Mendonça) e do Procurador-Geral da República (Antônio Augusto Aras). Nessa mesma sessão, foram lidos os votos do relator (ministro Marco Aurélio) e dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

A terceira sessão ocorreu no dia seguinte, 24 de outubro, e trouxe os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

A última sessão foi realizada no dia 7 de novembro, com a apresentação dos votos dos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e do presidente do Tribunal, Dias Toffoli.

No que se segue, são apresentados, em resumo, os principais pontos de cada voto. Em seguida, são indicados os *topoi* mais recorrentes, que serão utilizados como objeto específico de análise deste trabalho.

⁷⁴ Falaram, nesse dia, Juliano Breda (pelo CFOAB, requerente) e, como *amici curiae*: Gabriel Faria Oliveira (pela Defensoria Pública da União), Rafael Muneratti (pela Defensoria Pública de São Paulo), Pedro Carriello (pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro), Lênio Streck (pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM), Maurício Stegemann Dieter (pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM), Frederico Guilherme Dias Sanches (pelo Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP – Capítulo Brasileiro), Hugo Leonardo (pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD) e Leonardo Sica (pela Associação de Advogados de São Paulo).

⁷⁵ Miguel Pereira Neto (pelo Instituto de Advogados de São Paulo – IASp) e Tércio Lins e Silva (pelo Instituto de Advogados Brasileiros – IAB).

3.1 Marco Aurélio

O voto do relator contém 3.464 palavras (11,5 páginas⁷⁶), e conclui pela procedência das ADCs 43, 44 e 54.

Marco Aurélio, ao reportar a mudança de posicionamento de um dos requerentes (o PEN) e da AGU, inicia afirmando que “vivenciamos dias incertos” (p. 30). O relator destaca sua coerência interna (“desde sempre, implemento a resistência democrática e republicana na matéria”, p. 30), e reapresenta, em seu voto, vários dos argumentos já mobilizados por ocasião dos julgamentos dos HCs 84.078 e 126.292.

Entre os argumentos apresentados destacam-se: a interpretação autêntica (“opção do legislador”, p. 31), a deferência ao Legislativo, a clareza do dispositivo (“a literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas”, p. 33), a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, a irreversibilidade dos efeitos da prisão, o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, e o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do STJ.

O relator sustenta que “[a] execução de pena [...] pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” (p. 36), e que não constituiria, portanto, apenas matéria de fato, mas também de direito, razão pela qual a discussão da culpa não estaria exaurida nas instâncias ordinárias. Reafirma o papel do STF como “última trincheira da cidadania” (p. 32) e condena um possível “retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social” (p. 36). Rejeita, sem citá-los, argumentos teleológicos: “em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso” (p. 40).

3.2 Alexandre de Moraes

O voto do ministro Alexandre de Moraes, que abre a divergência, é consideravelmente maior: tem 6.192 palavras (20 páginas), e conclui pela procedência parcial das ADCs, “no sentido de conceder INTERPRETAÇÃO CONFORME à CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao artigo 283 do CPP, de maneira a se admitir o início da

⁷⁶ Como o texto do acórdão possui formatação heterogênea, com variações entre o tamanho das fontes e o espaçamento entre as linhas, usa-se aqui o número de páginas aproximado, utilizando-se a razão de 300 palavras por página (média deste trabalho).

execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição” (p. 63, destaques do ministro).

Alexandre de Moraes começa por resumir os argumentos apresentados no curso do processo, faz referência aos ataques ao Supremo Tribunal Federal e aos riscos de “populismo judicial”, e afasta a preliminar proposta pela Procuradoria Geral da República, segundo a qual não seria razoável alterar a jurisprudência em um período tão curto de tempo.

Recupera, em seguida, a história dos julgamentos da prisão em segunda instância no STF desde 1989, para afirmar que “durante os 31 anos de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 24 anos” (p. 54).

Aborda, na sequência, o princípio da presunção da inocência, que não deveria ser interpretado isoladamente, mas de forma harmônica a outros princípios constitucionais: efetividade da tutela jurisdicional, juízo natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório (p. 57). Associa a presunção da inocência à análise probatória, afirmando que o “juízo de consistência” obtido pela decisão condenatória de 2º grau “afasta a não culpabilidade do réu” (p. 61). E indica que “a aplicação desproporcional e absoluta do princípio [...] não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justiça ou conformidade funcional” (p. 60), com riscos para a efetividade das instâncias ordinárias (“que não podem ser transformadas em meros juízos de passagem”, p. 60) e da jurisdição penal (comprometida pelos “grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena”, p. 62).

Por fim, salienta que o trânsito em julgado não é requisito nas convenções internacionais – nomeadamente, o Pacto de San José – de que o Brasil é parte (p. 62).

3.3 Edson Fachin

O voto do ministro Edson Fachin contém 8.621 palavras (27,5 páginas) e está subdividido em 7 seções.

Na primeira seção, o ministro aborda o “[d]issenso constitucional e papel do direito penal na tutela de direitos fundamentais”. Destaca que “o direito penal é um dos

instrumentos de proteção dos direitos fundamentais” (p. 65), não apenas dos acusados, mas também das vítimas, e invoca o “princípio da proteção deficiente”, ressaltando a crítica internacional à ineficiência de nosso sistema de proteção penal.

A segunda seção traz a narrativa da questão no STF. O ministro reitera sua posição anterior, “no sentido de que a interpretação do art. 283 do CPP [deve ser feita] à luz da Constituição – e, logo, não a interpretação da Constituição à luz do CPP” (p. 70-71).

Na terceira seção, o ministro analisa o “conteúdo constitucional do princípio: texto, sim, plurívoco”. Dissocia a presunção de inocência da de não culpabilidade: “o princípio da presunção de inocência não serve para justificar, por exemplo, o ônus da prova nos casos em que se invocam as excludentes de ilicitude” (p. 74). Recupera a “plurissignificação do conceito de ‘culpado’” (p. 76) e passa em revista trechos de julgados do STF e de dispositivos de convenções internacionais para concluir que “dentre esses direitos [formais que caracterizam a presunção da inocência], não está o de não ser preso até que o trânsito em julgado ocorra” (p. 81).

A quarta seção explora a “ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários”. O ministro defende que “a inexistência de efeito suspensivo [do recurso especial e do recurso extraordinário] não decorre de texto expreso de lei – embora texto exista –, mas do próprio cabimento dos recursos” (p. 84). Por fim, salienta que “essa presunção [de inocência] não pode desconstituir a presunção de constitucionalidade das leis” (p. 85).

A quinta seção responde a um dos pedidos dos requerentes das ADCs: a de que a decisão do STF tenha efeitos apenas para casos futuros. Edson Fachin sustenta que “não assiste razão ao argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial” (p. 88).

Na sexta seção, o ministro procura desconstituir os argumentos relativos ao “estado de coisas inconstitucional”. Afirma que “o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais” (p. 90).

Na última seção, de conclusão, declara o voto pela “improcedência integral” das ADCs 43, 44 e 54 e, portanto, pela declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP.

3.4 Luís Roberto Barroso

O voto do ministro Luís Roberto Barroso tem extensão semelhante ao de Edson Fachin, com 8.912 palavras (27,3 páginas).

O ministro começa seu voto atacando os três fundamentos que identifica nas sustentações orais: a textualidade do art. 5º, LVII, da Constituição; o impacto da decisão sobre os níveis de encarceramento; e o impacto sobre os réus pobres. Informa que esses fundamentos são “ideias que não correspondem aos fatos” (p. 95).

Invoca, em primeiro lugar, o art. 5º da LINDB, para afirmar que “Nada de textualidade. Fins sociais e bem comum são os parâmetros que devem reger a atividade interpretativa” (p. 96). Afirma, em seguida, que “a mudança da jurisprudência com a consequente possibilidade de encarceramento depois do segundo grau diminuiu o índice de encarceramento” (p. 97), e traz, em sua defesa, dados do Departamento Penitenciário Nacional. Atribui a redução “ao efeito dissuasório do Direito Penal” (p. 99). E afasta, por fim, o impacto sobre os pobres, que já estariam, em regra, encarcerados: “não foram os pobres que mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados criminais do país” (p. 100).

O ministro segue salientando que “[j]uízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social” (p. 103), e afirma que “[a] definição do sentido e alcance da Constituição cabe [não apenas ao Supremo, mas] também à sociedade como um todo” (p. 102-103).

Luís Roberto Barroso reputa a mudança da jurisprudência, em 2016, aos impactos negativos produzidos pela decisão anterior, de 2009, que teria produzido “poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios” (p. 105), teria reforçado a “seletividade do sistema” (p. 105), e “pelo mais absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça” (p. 106). Associa a nova posição da jurisprudência a vários impactos positivos, entre os quais o de que “o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas” (p. 107).

Amparado no art. 5º, LXI, da Constituição, afirma que “o requisito para se decretar a prisão no Direito brasileiro não é o trânsito em julgado; é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (p. 108).

Retoma, em seguida, o argumento do direito comparado, para afirmar, a partir do voto do ministro Teori Zavascki no HC 126.296, que “não é assim praticamente em nenhum lugar do mundo” (p. 111).

Sustenta, na sequência, que a presunção de inocência é um princípio: “é inequívoco que é um princípio constitucional, porque, se ela fosse uma regra, eu não poderia prender provisoriamente” (p. 112). Retoma também o argumento de que “depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida sobre autoria e materialidade” (p. 114). E utiliza um argumento *a fortiori*: “se o dispositivo não impede a prisão nem antes da sentença de primeiro grau, porque permite a prisão cautelar e provisória, por que razão haveria de proibi-la depois de assentada a culpa por uma decisão de segundo grau?” (p. 115).

Defende um “giro empírico-pragmático”: “temos que abdicar da retórica tonitruante e vazia e trabalhar com dados da realidade” (p. 115). Não vê razão em “subordinar todo o sistema de justiça a esses números irrisórios [0,035%, segundo o ministro] de reforma de decisão” (p. 116).

Afirma que o “[o] Brasil vive uma epidemia de violência e corrupção” (p. 119), e confessa preocupação “com a imagem e com a percepção que a sociedade tem do Supremo Tribunal Federal” (p. 119). Alude também à imagem internacional do Brasil, fazendo referência à “percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido” (p. 121).

Conclui pela procedência parcial das ações, para interpretar conforme a Constituição o art. 283 do CPP, “a fim de excluir a interpretação que impeça a possibilidade de execução de condenação criminal depois do segundo grau” (p. 122).

Durante o voto de Luís Roberto Barroso, registram-se, pela primeira vez no julgamento, interrupções devidas a apartes (concedidos a Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski) que giraram em torno do tema da impunidade por prescrição e dos recursos abusivos, porque meramente protelatórios.

3.5 Rosa Weber

O voto da ministra Rosa Weber foi o segundo mais longo, com 18.257 palavras (61 páginas), e está subdividido em 22 pontos.

A ministra começa por rever os pedidos das ADCs (item 1) e por examinar as preliminares de admissibilidade (legitimidade ativa *ad causam* e controvérsia judicial relevante, item 2; além da competência da Corte, item 3). Passa, em seguida, a tratar algumas premissas hermenêuticas para o exame da lide, para concluir que “[a]o intérprete

permite-se [...] escolher fundamentadamente entre um ou outro destino [do texto normativo], mas nunca, na minha visão, com o abandono das amarras acaso presentes” (item 4, p. 134). Analisa, na sequência, o papel do Poder Judiciário na democracia constitucional e defende a racionalidade objetiva da interpretação jurídica, principalmente nos contextos de ausência de consenso, dado o impacto das decisões judiciais (item 5).

No item 6, a ministra recupera as causas de pedir dos requerentes das ADCs. Destaca o problema: “[a] questão que se apresenta [...] é tão-somente saber se o art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, mostra-se ou não constitucional” (p. 137). E salienta alguns dos argumentos: o de que o princípio da constitucionalidade das leis tem, como corolário, “a necessidade de que haja fortes razões para que se invalide um ato legislativo: a dúvida milita em favor do legislador – *in dubio pro legislador*” (p. 137); o de que a pena de prisão antes do trânsito em julgado conformaria “modalidade de prisão não prevista em lei, em ofensa ao postulado da reserva absoluta da lei a que sujeitas a criação e a regulamentação das modalidades de prisão” (p. 137); e o de que “[o princípio d]a irretroatividade da inovação normativa mais gravosa ao acusado deve incidir também sobre a alteração jurisprudencial” (p. 137).

O item 7 examina o “cerne da controvérsia hermenêutica”: a garantia inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição. A ministra faz um longo retrospecto sobre os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e as várias redações concorrentes do dispositivo, e observa que o constituinte de 1988 optou, deliberadamente, por “definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência, o trânsito em julgado da decisão condenatória” (p. 139).

O item 8 traz a análise da jurisprudência do STF sobre a matéria até 2016. São citadas várias ementas de julgados. No item 9, recuperam-se as alterações promovidas no CPP pela Lei nº 12.403/2011, que dá nova redação ao art. 283, objeto da controvérsia. Ao final do item, a ministra reitera o escopo da questão:

Pontuo que em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/ CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção ideológica quanto aos fins da persecução criminal. Compete-lhe tão somente definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade. (p. 158-159)

O item 10 traz o julgamento do HC 126.292. No item 11, sob o argumento da segurança jurídica, defende que “a simples mudança de composição não constitui fator

suficiente para legitimar a alteração de jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural” (p. 161). O item 12 traz uma extensa defesa do princípio da colegialidade – “meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência [...] e em respeito ainda à impessoalidade e à eficácia das decisões desta Corte em processos de índole objetiva” (p. 163). A ministra registra que, embora tenha sido voto vencido nos julgamentos que afirmaram a tese da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, sempre votou em consonância com o precedente firmado pelo STF.

No item 13, a ministra afirma que o *habeas corpus* não é o *locus* apropriado para *overruling*, que deveria ocorrer no controle abstrato de constitucionalidade das leis. O item 14 traz nova defesa da colegialidade: o STF deve ser uma “instituição maior do que as somas das vontades dos seus integrantes em um dado momento” (p. 168).

No item 15, a ministra discute a primazia da Constituição no Estado Democrático de Direito. Relembra que “a história universal é farta de exemplos de que a erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções” (p. 171-172). E insiste em que “o sentido da norma constitucional há de ser extraído, primordialmente, dela mesma, tomada como sistema” (p. 172). Defende que

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a “presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”, o que de modo algum é o caso, com a devida vênua, do art. 5º, LVII, da Constituição da República. (p. 173)

Rosa Weber reconhece, no art. 5º, LVII, da Constituição, “regra expressa veiculada pelo constituinte” (p. 173), e conclui que “não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém” (p. 174).

A discussão hermenêutica continua no item 16, em que a autora propugna que “a decisão judicial deve se apoiar não nas melhores intenções do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo” (p. 174). Embora reconheça que a interpretação assume “caráter constitutivo, e não meramente desvelador, da norma”, afirma que “o texto normativo [...] fixa as balizas para o seu movimento [do intérprete], jamais podendo ser desprezada por ele” (p. 175).

O item 17 recupera a história do princípio da presunção da inocência e sua positivação no direito contemporâneo. No item 18 diferenciam-se os conceitos de “prisão cautelar” (de caráter instrumental) e “prisão pena” (de efeito retributivo), e afirma-se que a comprovação da culpa não se esgota no âmbito da apreciação da prova, porque depende, não apenas do quadro fático, mas da subsunção do caso à hipótese normativa.

No item 19, analisam-se as convenções internacionais de direitos humanos. A ministra informa que o direito internacional afirma “pisos proativos, patamares civilizatórios mínimos” que não podem ser utilizados como “barreiras de contenção do desenvolvimento nacional dos regimes de liberdades” (p. 182). Destaca também o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirma a primazia da norma que se revele mais favorável à pessoa humana.

O item 20 analisa o conceito de “trânsito em julgado”, que caracterizaria, segundo a ministra, figura normativo-constitucional específica ao ordenamento jurídico brasileiro, o que impediria, por extensão, “qualquer tentativa de assimilação da ordem jurídica pátria a razões de direito comparado” (p. 185).

No item 21, a ministra afasta o argumento da “razoabilidade” da prisão antes do trânsito em julgado: “não é disso que se trata” (p. 186). Afirma que “problemas e distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal [...] devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal” (p. 185-186). Também repudia o uso de “dados com intenções alarmantes e argumentos *ad terrorem*” (p. 187) e cita, ao fim de seu voto, trecho do poema *À Espera dos Bárbaros*, de Kaváfis.

No item 22, Rosa Weber julga procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade para declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

3.6 Luiz Fux

O voto do ministro Luiz Fux foi o terceiro mais longo, com 14.462 palavras (48 páginas). Antes do voto, o ministro ressalta que “a beleza dessa votação, em sentido, às vezes, divergente, às vezes convergente, é que faz a beleza do Colegiado” (p. 189). Afirma que “[nós] temos aqui dissenso, mas não discórdia” (p. 189).

No resumo que o antecede, o voto do ministro está organizado em 6 pontos, mas essa ordem não está aparente no texto do acórdão.

Inicialmente, Luiz Fux aborda a questão da hermenêutica jurídica. O ministro parte da constatação de que a expressão “ninguém será considerado culpado” envolve divergência juridicamente relevante. Retoma Gustav Radbruch para afirmar que a interpretação jurídica “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro” (p. 191). Cita também Friedrich Müller para afirmar que a clareza de uma norma, que pode parecer evidente no papel, se desfaz quando de sua aplicação a um caso concreto. Ressalta que o papel da atividade jurisdicional é transpor as exigências sociais para o direito, e observar o ordenamento jurídico como um todo, como um sistema normativo. Afasta, por fim, a aplicabilidade dos brocardos jurídicos, nomeadamente o “*in claris cessat interpretatio*”, que considera destituído de valor científico, em referência a Carlos Maximiliano.

Em seguida analisa a presunção da inocência à luz da sistematicidade do ordenamento jurídico: em relação a outros princípios constitucionais, aos tratados internacionais de que o Brasil é signatário (que não associam a presunção da inocência ao direito de recorrer em liberdade), a leis infraconstitucionais e ao direito comparado.

Salienta, dentro do escopo dessa “interpretação sistemática”, o fato de que “nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente” (p. 209), de onde conclui que “a leitura dos dispositivos constitucionais, analisados em conjunto, autoriza concluir que a presunção de inocência não proíbe a execução da pena de prisão” (p. 210). E retoma o argumento *a fortiori* já mobilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso: “seria, ademais, absolutamente contraditório admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, revela-se compatível com a Constituição, enquanto seria incompatível com a Lei Maior uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito” (p. 211). De resto, salienta que “a *voluntas legislatoris*, além de insondável, revela-se inócua para a fiel interpretação do texto” (p. 231).

O segundo ponto traz uma análise histórica da jurisprudência do STF relativa à presunção da inocência. O ministro retoma trechos de vários julgados, principalmente do HC 126.292, e reafirma a mesma posição mantida nas votações anteriores: refere a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, e identifica que o “núcleo essencial” do princípio, a ser protegido, é de natureza processual penal, e consistiria “[n]o privilégio contra a autoincriminação, o direito de ser absolvido em caso

de dúvida razoável quanto às provas e a atribuir o ônus da prova à acusação, sem possibilidade de sua inversão ou de obrigá-lo a colaborar com a acusação em qualquer fase do processo” (p. 192-193).

Luiz Fux retrança a *ratio essendi* do princípio – “a superação dos abusos do processo inquisitorial [...] “quadro completamente diferente do atual” –, e analisa-o em dois aspectos: como regra de tratamento e como regra probatória. Destaca que “o princípio da presunção da inocência não está direcionado a colocar o réu em posição de intangibilidade” (p. 194). Reproduz trecho do voto da ministra Ellen Gracie, no julgamento do HC 84.078, e propõe uma solução de compromisso entre “(1) o direito da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz)” (p. 195).

Em vários momentos de seu voto, o ministro revela preocupação com uma “análise puramente formalista, divorciada da realidade social” (p. 235). Destaca “a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela efetividade do direito penal” (p. 231-232). Aponta os riscos – de “backlash” – de “uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais” (p. 232), e associa a legitimidade da jurisdição constitucional à “responsividade à opinião popular” (p. 235). Postula que “[a] necessidade de que a sociedade civil se identifique com a sua Constituição deve orientar também as decisões do Supremo Tribunal Federal, na relevante função da interpretação constitucional” (p. 236)

Por fim, o ministro empreende uma “análise econômica do direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos” (p. 239). Sob esse “prisma consequencialista”, salienta o risco de incentivo à “interposição de recursos meramente procrastinatórios”, com “efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional” (p. 239). O ministro também rejeita que a prisão antes do trânsito em julgado caracterizaria “desproteção inconstitucional do condenado”, e lembra a via do *habeas corpus* como instrumento para superar “eventual ilegalidade ou abuso de direito” (p. 198). Reporta também a distinção doutrinária, atribuída a Espínola Filho, entre “sentença condenatória transitada em julgado” (para a qual ainda caberia recurso de caráter extraordinário) e “coisa julgada” (contra a qual não caberia recurso de espécie alguma).

Seu voto é “no sentido de manter a decisão proferida em sede cautelar, para assentar interpretação [...] de que é coerente com a Constituição o principiar de execução

criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível” (p. 241).

3.7 Ricardo Lewandowski

O voto de Ricardo Lewandowski é o mais breve de todos, com 1.835 palavras (6 páginas).

Antes da leitura, o ministro rebate, sem referi-lo, o argumento do ministro Luís Roberto Barroso de que a redução no encarceramento após 2016 seria resultado da virada jurisprudencial no HC 126.292. Lewandowski associa a redução na população prisional aos mutirões carcerários realizados pelo CNJ e às audiências de custódia.

Em seu voto, o ministro recupera a história do constitucionalismo, e a desejável rigidez de alguns dos dispositivos constitucionais. Destaca o caráter de “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais, entre os quais se inseriria a presunção da inocência, cuja supressão ou restrição estariam fora de alcance até mesmo dos deputados e senadores no exercício do poder constituinte derivado.

Afirma a relevância do princípio no contexto do “congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro” e do “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário, que multiplicariam “exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias” (p. 250).

O ministro critica também a seletividade temática de alguns magistrados que atacam as consequências, mas não as causas da “corrupção endêmica e [d]a criminalidade violenta que assola o país”: “nem sempre emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável aumento do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal”, cuja solução contribuiria para a “erradicação das condutas ilícitas” (p. 251).

Lewandowski afasta a possibilidade de comparações entre o direito brasileiro e o direito internacional:

Nem se argumente que certas nações culturalmente avançadas adotam a possibilidade de prisão após a decisão condenatória em segundo grau, pois a realidade delas é completamente distinta da nossa, não apenas porque as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas, como também porque existe um

rigoroso controle externo da atividade judiciária, bem assim um estrito respeito às prerrogativas dos advogados. (p. 253-254).

Depois de fazer um breve retrospecto da jurisprudência do STF sobre o tema, destaca, em seu voto, o argumento da interpretação autêntica (“a opção do constituinte brasileiro”, p. 254) e a clareza do enunciado constitucional (“mandamento claro, unívoco, direto e objetivo”, p. 255). Assinala o princípio da proibição do retrocesso (art. 30, da Declaração Universal dos Direitos do Homem), e declara, por fim, que o “art. 283 do CPP é plenamente compatível com a Constituição em vigor” (p. 255).

3.8 Cármen Lúcia

O voto de Cármen Lúcia tem 5.323 palavras (18 páginas) e parece ter sido feito de improviso, já que a ministra alega que perdeu o original em um “acidente de computador” (p. 266).

A ministra inicia por dizer que já se manifestou sobre o tema em quatro outras oportunidades e que os argumentos apresentados pelos partidários da posição oposta à sua não foram suficientes para que mudasse de opinião. Destaca que a “democracia pratica-se segundo o valor do respeito a posições contrárias” (p. 261) e que “não formar com a maioria não significa ser menor a ideia exposta” (p. 263). Lembra os casos de Menezes Direito, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, que divergiram da posição majoritária em 2009, para repudiar a ideia de que a interpretação da norma constitucional seja óbvia.

Cármen Lúcia sustenta que “o inciso LVII do art. 5º não comporta leitura isolada” (p. 269). Lembra que o “Supremo reafirma, em numerosíssimas vezes em sua jurisprudência, que não há nenhum direito absoluto” (p. 272), e contrapõe a presunção da inocência ao direito à efetividade da prestação jurisdicional, que se baseia no “direito à segurança e à busca de paz social” (p. 273). O centro de sua argumentação é que o art. 283 do CPP deve ser interpretado no “sentido consequencial de assegurar eficácia ao direito penal”, que a ministra associa à “definição dos delitos e [à] certeza do cumprimento das penas” (p. 273), que seria um direito fundamental “dos que foram vítimas e renunciaram à prática bárbara de se vingarem, porque o Estado assumiria a força de sua autoridade, para prestar justiça” (p. 274).

A ministra rejeita a ideia de que o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional possa respaldar a interpretação de que a execução da pena deveria aguardar o trânsito em julgado: “crimes ou infrações por omissão, quanto ao respeito ao direito dos

presos, não qualificam nem sustentam todo o equívoco de não se cumprir o direito penal” (p. 275), e aponta a necessidade de “se conferir efetividade à persecução penal e, consequentemente, à subsistência da própria jurisdição criminal” (p. 276).

Retoma o voto da ministra Ellen Gracie, no HC 84.078, para assinalar que “o princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla [...] de um lado, proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência” (p. 277). A partir do mesmo voto, afasta a crítica ao tratamento normativo desigual relativo às condenações do direito penal e do direito civil, assinalando que os “bens jurídicos tutelados também são desiguais” (p. 278).

E declara, por fim, acompanhar a divergência inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes.

3.9 Gilmar Mendes

O voto de Gilmar Mendes contém 13.456 palavras (45 páginas) e está dividido em 11 seções, cuja numeração, porém, apresenta problemas (há duas seções de número 7). O voto é antecipado por um agradecimento aos advogados e, principalmente, aos defensores públicos que, em suas sustentações orais, teriam “desmistificado” os números e o discurso de que o tema em discussão diria respeito “a interesses de ricos e poderosos” (p. 285).

Nas duas primeiras seções, Gilmar Mendes procura delimitar a questão em debate nas ADCs e faz um breve resumo das discussões sobre execução provisória da pena. Recupera inúmeros julgados, registra que as decisões do STF foram pela “possibilidade” (e não pela “obrigatoriedade”) da prisão antes do trânsito em julgado, e critica as “prisões decretadas de modo automático, sem a devida especificação e individualização aos casos concretos” (p. 290).

O ministro justifica seu próprio *overruling* a partir dessa extrapolação (que ofenderia o art. 5º, LXI, da Constituição) e do fato de que, “[a]pós a decisão de 2016, muito se alterou e se descobriu no cenário da persecução penal no Brasil” (p. 292). Gilmar Mendes se refere especificamente “[à]s ilegalidades cometidas em operações midiáticas [que] atestam a necessidade de busca por limites ao poder punitivo estatal” (p. 292).

Na terceira seção, o ministro trata da “presunção da inocência como pedra de toque do processo penal”. Afirma que “[o] poder tende ao abuso e, portanto, precisa de freios constantes para sua contenção” (p. 294) e, citando Zaffaroni, destaca a importância da limitação ao poder punitivo do Estado. Recupera o estatuto da presunção de inocência

nos diplomas internacionais, e destaca que “não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF [...] possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental” (p. 297).

A quarta seção aborda o conteúdo da presunção da inocência como regra de tratamento e a impossibilidade de execução da pena sem definição da culpa. Afirma que “o texto constitucional é autoevidente, não há como dar interpretação diversa a um dispositivo de determinação tão clara” (p. 297), razão pela qual “a prisão-pena, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas, só pode ser aplicada a quem for culpado” (p. 298).

Na quinta seção, Gilmar Mendes faz o histórico das reformas legislativas do CPP desde 1967, salientando que “[a] decisão assentada no HC 126.292 destoou claramente de tais diretrizes [de liberalização], conflitando com os textos constitucional e legal” (p. 303).

A sexta seção trata da visão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro. O ministro reporta os elementos do julgamento da ADPF 347, e denuncia a armadilha do “governo por meio do crime”, estratégia de manipulação e espraçamento do medo que consistiria em “difundir o mito de que o cidadão, exposto ao constante perigo, só poderá ser protegido por um governo forte e com capacidade de punir” (p. 305). Gilmar Mendes também problematiza os dados sobre execução penal no Brasil, dispersos em duas bases de dados incomparáveis, “ambas sujeitas a imprecisões” (p. 306).

Na sétima seção, Gilmar Mendes aborda “o sistemático desrespeito à jurisprudência dos tribunais superiores em juízos inferiores”. Defende que “a tese de que o exame em RE e Resp não é determinante para a formação da culpa não pode ser aceita sem maiores ressalvas” (p. 308).

A oitava seção – numerada como 7 no texto do acórdão – retoma a discussão sobre os impactos da decisão em termos estatísticos. Gilmar Mendes justifica a retomada “porque a análise de dados estatísticos, quando feita a partir de uma honestidade intelectual, exige moderação e responsabilidade” (p. 310-311). O ministro credita às audiências de custódia e à aprovação da Súmula Vinculante 56⁷⁷ a redução da população carcerária a partir de 2016. Denuncia as distorções numéricas divulgadas pela imprensa em relação ao número de beneficiários de eventual proibição de prisão antes do trânsito

⁷⁷ Súmula Vinculante 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

em julgado (seriam 4.895 e não 190.000 presos), e apresenta números que atestariam a relevância do juízo revisional do STJ e do STF no processo penal: “em cada 3 decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 é revista” (p. 315). Informa que o tempo de tramitação dos recursos criminais é curto: no STJ, 63% dos recursos são examinados em menos de um ano; no STF, o número é de 77%. Destaca que apenas 4% dos HCs concedidos pelo STF em 2018 versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco e sustenta, portanto, que “[n]ão são os criminosos ricos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional” (p. 316).

Na seção seguinte, Gilmar Mendes aborda os reflexos das decisões do STF sobre a agenda internacional anticorrupção. Critica a falta de “aderência à realidade local” de agências como a OCDE e a Transparência Internacional, passa em revista às estratégias adotadas em outros países (principalmente a Alemanha), e defende a legislação brasileira sobre o abuso de autoridade.

Na décima seção – numerada como 9 – Gilmar Mendes trata de possíveis alternativas à vedação de execução provisória da pena: a prisão preventiva em virtude de “ordem pública”, conceito a que poderia ser dada nova interpretação; execução parcial da condenação criminal não impugnada ou já fragilizada por tribunais superiores em sede de decisões incidentais; antecipação da coisa julgada para antes da interposição de recursos especial e extraordinário, caso sejam inadmitidos, de modo a impedir a prescrição da pretensão punitiva. Nessa mesma seção, o ministro trata de direito comparado, e destaca que na Alemanha, na Espanha e na Itália, o trânsito em julgado ocorre após recurso ao tribunal constitucional, como ocorre no Brasil.

A última seção traz o dispositivo. O voto é pela “impossibilidade de prisão para execução automática e provisória de sentença condenatória não transitada em julgada, salvo se presentes os requisitos do art. 312 do CPP, motivadamente reconhecidos no caso concreto” (p. 334).

3.10 Celso de Mello

Celso de Mello apresenta o voto mais longo, com 21.340 palavras (71 páginas).

Na primeira seção, sobre “o direito do cidadão ao governo honesto”, o ministro faz uma longa preleção sobre “a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa” (p. 341). Fala da operação Lava Jato e

faz a ressalva de que os ministros do Tribunal estão todos comprometidos com o combate à corrupção.

A segunda seção trata da “observância da racionalidade jurídica como padrão referencial dos julgamentos” e traz a questão da opinião pública e das manifestações populares. O ministro defende que “a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias” (p. 349). Citando Paulo Canabarro Neto, afirma que “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (p. 350). Condena “razões de pragmatismo ou de mera conveniência de grupos”, assim como “motivações fundadas em um irracional punitivismo”, e sustenta que “nada compensa a ruptura da ordem constitucional” (p. 353).

A terceira seção explora o processo penal como “instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre persecução criminal”. Celso de Mello sustenta que “a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional” (p. 354), e que “o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão” (p. 354).

Na quarta seção, o ministro trata da garantia da liberdade e das prerrogativas inerentes à cláusula do devido processo legal.

A quinta seção aborda a presunção de inocência como direito fundamental. O ministro analisa a presunção da inocência como norma de tratamento, como norma probatória e como norma de juízo. Cita longo trecho de Pierpaolo Cruz Bottini para atacar o argumento do uso abusivo de recursos: “se os recursos estão previstos em lei, devem ser usados. Se não o forem, o advogado infringe seus deveres profissionais” (p. 367). Afirma também que “a legislação prevê filtros para o exagero recursal” (p. 367), e que eventual excesso do número de recursos é problema de lei, a ser resolvido pelo legislador.

Ao fim da seção, aponta que

A solução da questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático. (p. 378)

O ministro faz ainda uma longa revisão histórica do conceito de presunção de inocência, reconhece que os documentos internacionais não estabelecem a exigência de trânsito em julgado, mas reitera que “em ocorrendo eventual situação de antinomia, em tema de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável” (p. 382).

Celso de Mello também recupera o tratamento dado à presunção da inocência em matéria eleitoral (julgamento da Lei Complementar nº 95/70⁷⁸), e termina por repudiar uma “preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista [...] retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País” (p. 379).

A sexta seção aborda questões de direito comparado. Celso de Mello afirma que “se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas [em países] cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal” (p. 393). O ministro afirma que “a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado” (p. 414). Informa que a exigência do trânsito em julgado “não representa singularidade do constitucionalismo brasileiro”, sendo encontrada também nas constituições da Itália e de Portugal.

Celso de Mello diferencia também os institutos da prisão cautelar e da prisão pena, e defende que “a presunção da inocência não se esvazia progressivamente” (p. 400).

A seção 7 trata da importância político-constitucional da coisa julgada como fator de certeza e segurança jurídica, a que se vincularia a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na seção 8, o ministro defende que “o ordenamento positivo infraconstitucional (Código Penal, Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal Militar) exige o trânsito em julgado como pressuposto legitimador da condenação criminal, mesmo que se trate de simples pena de multa” (p. 405).

Na seção 9, Celso de Mello estende a impossibilidade da execução antecipada também para as sentenças recorríveis impostas pelo Tribunal do Júri.

⁷⁸ Julgada pelo TSE no Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, rel. Min. Xavier de Albuquerque.

E concluí, na seção 10, por “julgar procedentes os pedidos deduzidos”, reafirmando a tese segundo a qual “a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal” (p. 416).

3.11 Dias Toffoli

Dias Toffoli, na qualidade de presidente da Corte, é o último a votar. Seu voto contém 5.945 palavras (20 páginas), e a maior parte dos pontos é explorada na antecipação ao voto, durante a qual o ministro interage, ativamente, com vários colegas.

Durante a antecipação, Dias Toffoli refere que o STF respeitou a vontade do legislador no julgamento da Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e deveria manifestar a mesma deferência em relação à Lei nº 12.403/2011, já que o mesmo Parlamento que havia declarado que os efeitos da decisão colegiada aplicava-se imediatamente (ou seja, antes do trânsito em julgado) à esfera eleitoral, optou, deliberadamente, por diferenci-los no caso da esfera criminal. Também faz referência à técnica de amedrontamento dos ministros, e rebate as alegações de impunidade nos tribunais superiores: a impunidade estaria no sistema de investigação, que esclarece apenas 20% dos casos de homicídio.

O primeiro ponto de seu voto trata do objeto das ADCs. Dias Toffoli salienta que a análise é abstrata e cita trecho do voto da ministra Rosa Weber para delimitar a questão: “a questão que se apresenta [...] é tão-somente saber se o art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, mostra-se ou não constitucional” (p. 461).

No segundo ponto, o ministro recupera o processo histórico da Lei nº 12.403/2011, e afirma que “a vontade do parlamento, em 2011, foi exatamente travar eventual interpretação que também aplicasse a condenação em segunda instância para a esfera criminal” (p. 463). Volta a citar Rosa Weber para dizer que “em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/ CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção ideológica quanto aos fins da persecução criminal” (p. 464). A competência, no caso, se restringiria a verificar se a opção do legislador encontra impedimento na Constituição.

O terceiro ponto envereda pelo argumento empírico do número de presos no Brasil: 845.543 pessoas encarceradas, no total, das quais 344.084 sem juízo de primeiro grau, 192.594 em execução provisória, 294.090 em execução definitiva, e 4.895 em virtude de mandados de prisão em segundo grau (sem fundamento no art. 312 do CPP).

No quarto ponto, Dias Toffoli aborda as alegações de impunidade nos tribunais superiores. Afirma que a maior parte (85%) dos recursos providos em matéria criminal são para a acusação, e reafirma que os recursos tramitam rapidamente: 82% dos recursos criminais levaram em média 3 meses para transitarem em julgado no STF no período de 2009-2018. Também afirma que a Corte tem mecanismos – como a repercussão geral – para coarctar o abuso no direito de recorrer, e defende que a melhor alternativa contra a impunidade é suspender a prescrição a partir dos recursos especial e extraordinário.

O quinto ponto trata da “epidemia de homicídios” no Brasil. O ministro cita casos concretos inconclusos que disseminam a sensação de impunidade – principalmente o da boate Kiss, que ocupa parte expressiva desse ponto – e defende a ideia de que o problema se concentra no Tribunal do Júri (que reuniria um estoque de 186 mil processos) e em uma disfunção do sistema processual que pouco tem a ver com a execução da pena antes do trânsito em julgado (o ministro recomenda, por exemplo, a extinção da sentença de pronúncia). Dias Toffoli afirma que “não é o momento da execução que gera a violência”.

No sexto ponto, o ministro afirma que a opção legislativa expressa no art. 283 do CPP não se confunde com a cláusula pétrea da presunção da inocência, sendo, portanto, alterável pelo legislador.

Seu voto é pela procedência das ADCs, “declarando-se a compatibilidade da vontade expressa pelo legislador no art. 283 do CPP [...] com a Constituição Federal” (p. 480). Toffoli defende, porém, que a impossibilidade de execução antes do trânsito em julgado não se aplica às decisões, ainda que recorríveis, do Tribunal do Júri, dada a sua soberania, de estatura constitucional.

3.12 Síntese dos argumentos

Para efeito de comparação e análise, os principais argumentos foram reunidos nas duas tabelas abaixo. Os argumentos mantêm a numeração e nomenclatura já utilizadas por ocasião dos HC 84.078 e HC 126.292, já que muitos se repetem. Os exemplos, no

entanto, são todos retirados do acórdão das ADCs 43, 44 e 54. Os novos argumentos são assinalados com um asterisco.

Os argumentos contrários à execução antes do trânsito em julgado são apresentados na Tabela 5 abaixo:

Tabela 5 - Argumentos contrários à execução provisória nas ADCs 43, 44 e 54 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
A3	O dispositivo constitucional é claro e unívoco.	Interpretação literal do art. 5º, LVII, da Constituição: “A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior” (Marco Aurélio, p. 33); o Constituinte definiu “com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória” (Rosa Weber, p. 138); “Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a “presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”, o que de modo algum é o caso, com a devida vênia, do art. 5º, LVII, da Constituição da República” (Rosa Weber, p. 173); “mandamento constitucional claro, unívoco, direto e objetivo” (Ricardo Lewandowski, p. 254); “O texto constitucional é autoevidente, não há como dar interpretação diversa a um dispositivo com determinação tão clara” (Gilmar Mendes, p. 297)
A4	O dispositivo contém uma regra expressa (e não apenas um princípio).	“O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar.” (Rosa Weber, p. 173); “Contudo, não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal” (Gilmar Mendes, p. 297)
A5	Direito é meio, e não fim.	Falácia do consequencialismo: “em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso” (Marco Aurélio, p. 40); “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (Celso de Mello, p. 350, citando Paulo Mário Canabarro Neto)
A8	O direito à liberdade é uma garantia fundamental.	<i>Ultima ratio</i> : “A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro” (Marco Aurélio, p. 33);
A9	Não existe um gradiente de inocência.	A inocência tem caráter absoluto: “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição” (Celso de Mello, p. 400);

ID	Argumento	Descrição
A10	O devido processo legal é uma garantia do acusado.	Natureza do processo: “o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu” (Celso de Mello, p. 356); “vocação protetiva do processo penal” (Celso de Mello, p. 357)
A11	A competência das instâncias ordinárias não se confunde com a dos tribunais superiores.	Falácia do desprestígio das instâncias ordinárias: “a decisão que ora profere esta Corte não impede a análise pelas instâncias competentes, nos casos hoje pendentes e nos que venham a ser analisados, de decretação de prisão cautelar quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, análise essa que pode ser realizada em qualquer instância e fase do processo” (Dias Toffoli, p. 481);
A13	Os efeitos da prisão são irreversíveis.	Irreparabilidade das prisões injustas: “A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão” (Marco Aurélio, p. 31)
A14	O sistema penal é falível.	Falibilidade do sistema penal: “alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito daquele Tribunal [STJ]” (Marco Aurélio, p. 39); no “congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro [...] multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias” (Ricardo Lewandowski, p. 250); “de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimentos foi dos recursos foi de 37%” (Gilmar Mendes, p. 315)
A15	Existe instrumento menos gravoso do que a antecipação da pena.	Princípio da proporcionalidade: “já existem mecanismos legítimos e razoáveis para evitar abusos e determinar o trânsito em julgado para início da execução da condenação” (Gilmar Mendes, p. 330).
A17	A jurisprudência não deve ser alterada apenas pela alteração dos integrantes da Corte	“segurança jurídica [...] pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal” (Marco Aurélio, p. 32); “a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural” (Rosa Weber, p. 161); “minha concepção do Tribunal como uma instituição maior do que as somas das vontades dos seus integrantes em um dado momento” (Rosa Weber, p. 168)

ID	Argumento	Descrição
A18	O modelo constitucional brasileiro não é comparável a modelos internacionais	Falácia do direito comparado: “qualquer tentativa de assimilação da ordem jurídica pátria a razões de direito comparado em relação a ordenamentos jurídicos que, por mais merecedores de admiração que sejam, não contemplam figura normativa-constitucional análoga, não se justifica” (Rosa Weber, p. 185); “Nem se argumente que certas nações culturalmente avançadas adotam a possibilidade de prisão após a decisão condenatória em segundo grau, pois a realidade delas é completamente distinta da nossa, não apenas porque as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas, como também porque existe um rigoroso controle externo da atividade judiciária, bem assim um estrito respeito às prerrogativas do advogados” (Ricardo Lewandowski, p. 252-254); “se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória” (Celso de Mello, p. 393)
A19	A antecipação da execução é incompatível com o regime democrático	“a história universal é farta de exemplos de que a erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções – moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção e à impunidade etc” (Rosa Weber, p. 171-172); “a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, [...] foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964” (Ricardo Lewandowski, p. 251); “O poder tende ao abuso e, portanto, precisa de freios constantes para sua contenção” (Gilmar Mendes, p. 294)
A20	A execução antecipada da pena é vedada pelo ordenamento jurídico.	Interpretação sistemática: “O ordenamento positivo infraconstitucional (Código Penal, Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal Militar) exige o trânsito em julgado como pressuposto legitimador da condenação criminal, mesmo que se trate de simples pena de multa” (Celso de Mello, p. 404)
A22	A antecipação da execução é incompatível com o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro	“Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade” (Marco Aurélio, p. 37); “O Judiciário e o Supremo Tribunal Federal precisam adotar medidas concretas para reduzir os danos inevitavelmente causados por esse cenário de violações constantes de direitos fundamentais em um Estado de Coisas Inconstitucional. E aqui surge uma evidente contradição na posição adotada para antecipar a possibilidade de execução da pena para o julgamento em segundo grau” (Gilmar Mendes, p. 307)

ID	Argumento	Descrição
A23*	A execução antecipada ofende a vontade do legislador	<i>Voluntas legislatoris</i> : “opção do legislador” (Marco Aurélio, p. 31); “o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou” (Marco Aurélio, p. 34); “a Assembleia Nacional Constituinte considerou e expressamente rejeitou diferentes propostas de conformação positiva do princípio da presunção de inocência que davam à garantia feição mais elástica, principiológica, desvinculando do trânsito em julgado a formação da culpa” (Rosa Weber, p. 139); “a opção do constituinte brasileiro, soberanamente adotada em 1988, foi no sentido de não admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (Ricardo Lewandowski, p. 253); “a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado” (Celso de Mello, p. 414); “a vontade do parlamento, em 2011, foi exatamente travar eventual interpretação que também aplicasse a condenação em segunda instância para a esfera criminal” (Dias Toffoli, p. 463)
A24*	O papel do STF é guardar a Constituição	“está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania” (Marco Aurélio, p. 32); “em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção ideológica quanto aos fins da persecução criminal. Compete-lhe tão somente definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade” (Rosa Weber, p. 157-158; trecho reproduzido por Dias Toffoli); “O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor” (Rosa Weber, p. 179); “a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos” (Celso de Mello, p. 349);
A25*	O Poder Judiciário deve respeitar o Poder Legislativo	“princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes” (Marco Aurélio, p. 39); “a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente legislativo” (Rosa Weber, p. 185)
A26*	A prisão cautelar não se confunde com a prisão pena.	“são inconfundíveis os conceitos de prisão cautelar e de prisão pena, e é preciso distingui-las” (Rosa Weber, p. 179); “a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) – que não se confunde com a prisão penal (“carcer ad poenam”) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção [...] Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com a presunção constitucional de inocência” (Celso de Mello, p. 370)

ID	Argumento	Descrição
A27*	A culpa não é apenas matéria de fato, mas também de direito	“A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” (Marco Aurélio, p. 36); “O argumento de que a comprovação da culpa seria operação lógico-jurídica a se esgotar no âmbito da apreciação da prova, da conformação da conduta ao tipo, não se sustém. Sempre que a hipótese normativa construída pelo julgador para subsumir, no caso concreto, o quadro fático – este sabidamente inalterável em sede extraordinária – for, ela mesma, antijurídica, ou se maculado de vício o processo de formação da culpa, a questão será sim suscetível de se apresentar em sede extraordinária” (Rosa Weber, p. 180); “a tese de que o exame em RE e REsp não é determinante para a formação da culpa não pode ser aceita sem maiores ressalvas. A análise exercida pelo STJ e STF possui fundamental importância para a legitimação da imposição de uma pena no Estado Democrático de Direito” (Gilmar Mendes, p. 308)
A28*	O direito internacional define apenas patamares civilizatórios mínimos	“O direito internacional dos direitos humanos afirma pisos proativos, patamares civilizatórios mínimos, sendo absolutamente despropositado invocar instrumentos internacionais asseguradores de liberdades subjetivas como barreiras de contenção do desenvolvimento nacional dos regimes de liberdades, como normas fixadoras de limites para os direitos viáveis” (Rosa Weber, p. 182)
A29*	No direito internacional prevalece o princípio da norma mais favorável	“prevalece, nessa seara, o princípio <i>pro homine</i> , segundo o qual tem precedência, em caso de eventual conflito entre o parâmetro de proteção previsto na normativa internacional e aquele assegurado no direito doméstico, a que oferecer a mais ampla proteção ao direito subjetivo” (Rosa Weber, p. 182); “Não se pode desconhecer, no entanto, que, em ocorrendo eventual situação de antinomia, em tema de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável” (Celso de Mello, p. 382)
A30*	A presunção da inocência é cláusula pétrea	“Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência” (Ricardo Lewandowski, p. 251);
A31*	A antecipação da pena não ataca nem a criminalidade nem a impunidade	“não é o momento da execução da pena que gera a violência [...] é a omissão dos agentes públicos em identificar autores ou, antes disso, prevenir e identificar autores e levá-los, como se costuma dizer no jargão popular, às barras da Justiça” (Dias Toffoli, p. 449).
A32*	A DUDH proíbe o retrocesso em matéria de direitos humanos	“o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 [...] consagrou o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, plenamente aplicável à espécie” (Ricardo Lewandowski, p. 255)
A33*	A antecipação da pena não combate a seletividade penal	“apenas 4,0% (quatro por cento) dos HC concedidos pelo STF no ano passado versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco (o que inclui crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa) [...] Não são os criminosos ricos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional” (Gilmar Mendes, p. 316)

ID	Argumento	Descrição
A34*	Recursos especiais e extraordinários tramitam rapidamente	“Oitenta e dois por cento (82%) dos recursos criminais que transitaram em julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos 10 anos levaram em média 3 meses para terem seu andamento finalizado na Corte” (Dias Toffoli, p. 465)
A35*	O uso abusivo de recursos deve ser tratado por outros meios	“problemas e distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal [...] devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal” (Rosa Weber, p. 185-186); “Uma: se os recursos estão previstos em lei, devem ser usados. Se não o forem, o advogado infringe seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente. Duas: a mesma legislação prevê filtros para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão monocrática no recurso especial quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido” (Celso de Mello, p. 367); “A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmam maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático” (Celso de Mello, p. 378); “o sistema processual penal endossado pela jurisprudência desta Corte dispõe de mecanismos hábeis para obstar o uso abusivo ou protelatório de recursos criminais por parte da defesa” (Dias Toffoli, p. 445).
A36*	A coisa julgada promove a segurança jurídica	“a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito” (Celso de Mello, p. 402)

Os argumentos favoráveis à execução antes do trânsito em julgado são apresentados na Tabela 6 abaixo:

Tabela 6 - Argumentos favoráveis à execução provisória nas ADCs 43, 44 e 54 (fonte: elaboração própria)

ID	Argumento	Descrição
B1	A culpa se prova nas instâncias ordinárias	“A decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade” (Alexandre de Moraes, p. 61); “depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida sobre autoria e materialidade” (Luís Roberto Barroso, p. 113)

ID	Argumento	Descrição
B2	Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.	“a inexistência de efeito suspensivo não decorre de texto expresso de lei – embora texto exista –, mas do próprio cabimento dos” (Edson Fachin, p. 84); “A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência” (Edson Fachin, p. 68, citando Gilmar Mendes)
B3	A execução antes do trânsito em julgado não suprime garantias	“eventual ilegalidade ou abuso de direito, que tenha sido praticado no curso do processo e desaguado na condenação, revela-se superável pela via do habeas corpus, razão pela qual inexistente desproteção inconstitucional do condenado gerada pela autorização do início da execução da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias” (Luiz Fux, p. 198)
B4	Não é assim em praticamente nenhum lugar do mundo.	“nós estamos aqui numa escolha entre o padrão de justiça praticado mundialmente ou um padrão de justiça que não é praticado em lugar nenhum, nem nos países menos desenvolvidos” (Luís Roberto Barroso, p. 111); “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica não associam a presunção de inocência ao direito de recorrer em liberdade ou de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação” (Luiz Fux, p. 196)
B5	A execução antes do trânsito em julgado previne o uso abusivo de recursos.	“A ineficácia da condenação depois do esgotamento das instâncias ordinárias pode, ainda, produzir efeito maléfico para a administração da justiça, ao incentivar a interposição de recursos meramente procrastinatórios, com o único fim de se postergar o início da execução da condenação” (Luiz Fux, p. 197); “poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios” (Luís Roberto Barroso, p. 105);
B6	A execução antes do trânsito em julgado opera o equilíbrio entre os direitos do réu e os da sociedade	A vedação da execução antes do trânsito em julgado impede a realização de direitos fundamentais da sociedade e das vítimas. Princípio da proteção deficiente: “normas que, de alguma forma, embaraçam a proteção penal a interesses fundamentais” (Edson Fachin, p.66); “vítimas também têm direitos humanos” (Luís Roberto Barroso, p. 112), “a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz)” (Luiz Fux, p. 195, citando Ellen Gracie); “O Princípio da Proporcionalidade é uma via de mão dupla, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe também a insuficiência do Direito Penal. De fato, a noção de proporcionalidade na seara penal não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculado igualmente a um dever de proteção por parte do Estado em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado, a proibição do excesso, de outro, a proibição de insuficiência” (Cármem Lúcia, p. 277, citando Ellen Gracie)

ID	Argumento	Descrição
B7	A vedação da execução antes do trânsito em julgado impede o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.	“A tutela judicial efetiva, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários” (Alexandre de Moraes, p. 61-62); “a ineficiência do sistema é agravada pela impossibilidade de execução da pena depois do segundo grau” (Luís Roberto Barroso, p. 109)
B8	A vedação da execução antes do trânsito em julgado afronta a legitimidade das instâncias ordinárias	“As instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais” (Alexandre de Moraes, p. 60).
B9	A execução antes do trânsito em julgado é compatível com o ordenamento jurídico.	Interpretação sistemática: “essa presunção não pode desconstituir a presunção de constitucionalidade das leis” (Edson Fachin, p. 85); “a interpretação do art. 283 do CPP tem que ser conciliada com o art. 637 do CPP” (Luís Roberto Barroso, p. 115); “A norma do art. 283 do CPP [...] deve, portanto, ser interpretada sistematicamente, à luz das normas constitucionais, supralegais e da legislação ordinária que autorizam o início da execução da pena com fundamento no esgotamento das instâncias ordinárias” (p. 200); “nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente” (Luiz Fux, p. 209);
B10	A vedação da execução antes do trânsito em julgado compromete a duração razoável do processo.	“quando nós estamos falando de alta criminalidade, o trânsito em julgado é lerdo, é muito lerdo” (Luís Roberto Barroso, p. 118)
B11	Decisões condenatórias são raramente reformadas nos tribunais superiores.	“Subordinar todo o sistema de justiça a esses números irrisórios de reforma da decisão, a meu ver, não tem razoabilidade nem racionalidade” (Luís Roberto Barroso, p. 116); “Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias” (Cármem Lúcia, p. 278).
B13	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal	“a presunção de inocência, quando estabelece um standard de prova, só tem aplicação nas fases em que a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado” (Edson Fachin, p. 83); “Juridicamente, o conceito de “presunção” está associado ao de prova” (Luiz Fux, p. 237)
B15	Direito Civil não se confunde com Direito Penal	“A Ministra Ellen Gracie, naquela ocasião, também afirmou que seria frágil, na compreensão de Sua Excelência, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença poderiam conduzir a um comprometimento do princípio da proporcionalidade na esfera penal, porque teria tratamento normativo desigual. E, aí, ela afirma que os bens jurídicos tutelados também são desiguais” (Cármem Lúcia, p. 278)

ID	Argumento	Descrição
B16	A jurisprudência do STF autorizava a execução antes do trânsito em julgado.	“durante os 31 anos de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 24 anos” (Alexandre de Moraes, p. 54); “durante esses 31 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância” (Alexandre de Moraes, p. 55)
B17	A presunção de inocência é princípio que precisa ser harmonizado com outras normas constitucionais.	“A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios [presunção da inocência, efetividade da tutela judicial, juízo natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório] por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário” (Alexandre de Moraes, p. 57); “A presunção de não culpabilidade ou de inocência é um princípio constitucional. É inequívoco que é um princípio constitucional, porque, se ela fosse uma regra, eu não poderia prender provisoriamente” (Luís Roberto Barroso, p. 111); “um direito fundamental não é mais do que o outro. Os direitos fundamentais são ponderados” (Luís Roberto Barroso, p. 112); “o inciso LVII do art. 5º não comporta leitura isolada” (Cármem Lúcia, p. 269); “não há nenhum direito absoluto” (Cármem Lúcia, p. 272)
B18	Regime de culpabilidade não é o mesmo que regime de prisão	“o tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena” (Edson Fachin, p. 81); “o requisito para se decretar a prisão no Direito brasileiro não é o trânsito em julgado; é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (Luís Roberto Barroso, p. 108)
B19	A execução antes do trânsito em julgado combate a seletividade penal.	A vedação à execução da pena após o segundo grau constitui “reforço à seletividade do sistema” (Luís Roberto Barroso, p. 105); “não foram os pobres que mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados criminais do país” (Luís Roberto Barroso, p. 100).
B20	A vedação da execução antes do trânsito produz sensação de impunidade.	“absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça” (Luís Roberto Barroso, p. 106); “elevação do risco de prescrição de penas” (Luiz Fux, p. 239); “punição incerta não é incerteza do Direito, é certeza ou crença de impunidade, o que fomenta mais crimes, injuria a vítima e enfraquece o sistema de direito” (Cármem Lúcia, p. 274)
B21	O Brasil não é bem avaliado em relação ao combate à corrupção.	“Há uma percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido” (Luís Roberto Barroso, p. 121)
B24*	A vontade do legislador é insondável.	<i>Voluntas legis, non legislatoris</i> : “a voluntas legislatoris, além de insondável, revela-se inócua para a fiel interpretação do texto, em especial quando ultrapassadas três décadas desde a sua elaboração até o momento atual de verificação do âmbito de aplicação da norma” (Luiz Fux, p. 231)

ID	Argumento	Descrição
B25*	O estado de coisas inconstitucional não pode ser o fundamento da interpretação de regras penais.	Falácia do estado de coisas inconstitucional: “o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais” (Edson Fachin, p. 90-91); “Crimes ou infrações por omissão, quanto ao respeito ao direito dos presos, não qualificam nem sustentam todo o equívoco de não se cumprir o direito penal” (Cármem Lúcia, p. 275)
B26*	O dispositivo constitucional não é unívoco.	Ambiguidade do dispositivo constitucional. “Conteúdo constitucional do princípio: texto, sim, plurívoco” (Edson Fachin, p. 72); “plurissignificação do conceito de ‘culpado’” (Edson Fachin, p. 76); “há mais de um sentido possível” (Luís Roberto Barroso, p. 97); “há divergência juridicamente relevante sobre o que signifique, para os fins da Constituição, a expressão “ninguém será considerado culpado” (Luiz Fux, p. 205); “a clareza das regras somente somete é obtida pelo procedimento da interpretação. (Luiz Fux, p. 208); “Cansei de ouvir, nos últimos tempos, que o tema posto nestas ações, como disse, é simples, que a interpretação da norma constitucional é óbvia. Se fosse, não teriam os onze juízes deste Tribunal, em composições diferentes, em momentos diversos, despendido, algumas vezes, tempo de estudo e julgamento, para assentar interpretação a prevalecer segundo o que concluir, com fundamentos jurídicos, a maioria - sem ter chegado à unanimidade -, para a adequada aplicação do sistema de direito” (Cármem Lúcia, p. 266)
B27*	A interpretação deve ser regida pelos fins sociais e bem comum.	Consequencialismo. LINDB, art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. “Nada de textualidade. Fins sociais e bem comum são os parâmetros que devem reger a atividade interpretativa (Luís Roberto Barroso, p. 96); “Sob o prisma consequencialista, propugnado pela nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, impõe-se a interpretação que protege o núcleo essencial da presunção de inocência, sem estendê-lo às raias da ineficácia do sistema penal brasileiro” (Luiz Fux, p. 197); a presunção de inocência deve ser interpretada “havendo de ser interpretada no sentido consequencial de assegurar a eficácia do sistema criminal” (Cármem Lúcia, p. 276)
B28*	A antecipação da execução produziu resultados positivos	“A mudança da jurisprudência com a consequente possibilidade de encarceramento depois do segundo grau diminuiu o índice de encarceramento” (Luís Roberto Barroso, p. 97); “a mudança da jurisprudência não prejudicou os réus; favoreceu os réus e favoreceu os réus” (Luís Roberto Barroso, p. 98); “diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do Direito Penal funcionou de maneira mais eficiente” (Luís Roberto Barroso, p. 98); os juízes tornaram-se mais parcimoniosos na decretação da prisão provisória (Luís Roberto Barroso, p. 99); “o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas (Luís Roberto Barroso, p. 107);

ID	Argumento	Descrição
B29*	O STF precisa estar em sintonia com a sociedade.	Papel e imagem do STF. “Numa democracia, todo poder é representativo [...] Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição” (Luís Roberto Barroso, p. 103); “cabe ao juiz, sim, participar do esforço coletivo para enfrentar esses males” (Luís Roberto Barroso, p. 103); “a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular” (Luiz Fux, p. 235)
B30*	O ordenamento jurídico admite a prisão antes do trânsito em julgado.	O art. 283 do CPP não impede a prisão: “se o dispositivo não impede a prisão nem antes da sentença de primeiro grau, porque permite a prisão cautelar e provisória, por que razão haveria de proibi-la depois de assentada a culpa por uma decisão de segundo grau?” (Luís Roberto Barroso, p. 115); “Seria, ademais, absolutamente contraditório admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, revela-se compatível com a Constituição, enquanto seria incompatível com a Lei Maior uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito, por órgão colegiado, não no sentido do perigo futuro e eventual para a ordem pública, mas no sentido da condenação do acusado pelos fatos criminosos por ele praticados” (Luiz Fux, p. 211)
B31*	O Brasil vive uma epidemia de criminalidade e corrupção.	“Nós nos tornamos o país mais violento do mundo, com 60 mil mortes por homicídio ao ano” (Luís Roberto Barroso, p. 119); “o índice da percepção da corrupção no País tem piorado dramaticamente” (Luís Roberto Barroso, p. 119)
B32*	Coisa julgada é diferente de trânsito em julgado	“O próprio conceito de “trânsito em julgado” mereceu, nesta Corte, interpretações restritivas em julgamentos anteriores, com espeque na distinção entre ‘sentença condenatória transitada em julgado’ e ‘coisa julgada’” (Luiz Fux, p. 198)
B33*	A razão histórica da presunção absoluta da inocência está superada.	Ratio essendi. O quadro fático que justificava a interpretação absoluta do princípio da presunção da inocência – o processo inquisitorial – está superado. “Atualmente, o quadro é absolutamente diverso” (Luiz Fux, p. 234)

3.13 Análise dos argumentos

A Tabela 7 traz os argumentos mobilizados nas ADCs 43, 44 e 54 nos votos de cada ministro, indicado por suas iniciais. Para efeito de comparação, guarda-se a mesma numeração já adotada para a identificação dos argumentos nos HCs 84.078 e 126.292. Evita-se reproduzir aqui as descrições já apresentadas anteriormente, razão pela qual são indicados apenas os nomes dos argumentos.

Tabela 7 – Síntese dos argumentos mobilizados no curso do processo (fonte: elaboração própria)⁷⁹

ID	Argumento	HC 84.078	HC 126.292	ADCs 43, 44 e 54												
				MA	AM	EF	RB	RW	LF	RL	CL	GM	CM	DT		
A1	<i>lex posterior derogat priori</i> <i>lex specialis derogat generali</i>	✓														
A2	A ampla defesa é, por definição, ampla.	✓														
A3	O dispositivo constitucional é claro e unívoco.	✓	✓	✓				✓		✓		✓				
A4	O dispositivo contém uma regra expressa (e não apenas um princípio).	✓	✓					✓				✓				
A5	Direito é meio, e não fim.	✓		✓				✓						✓		
A6	A execução antecipada ofende a dignidade humana	✓														
A7	O trânsito em julgado é requisito para a execução de penas menos graves.	✓														
A8	O direito à liberdade é uma garantia fundamental.	✓		✓										✓		
A9	Não existe um gradiente de inocência.	✓	✓											✓		
A10	O devido processo legal é uma garantia do acusado.	✓		✓										✓		
A11	A competência das instâncias ordinárias não se confunde com a das superiores.	✓										✓				
A12	A execução antecipada ofende o valor da justiça.	✓														
A13	Os efeitos da prisão são irreversíveis.	✓	✓	✓												
A14	O sistema penal é falível.	✓	✓	✓						✓		✓				
A15	Existe instrumento menos gravoso do que a antecipação da pena.	✓	✓									✓				
A16	O passado não vincula o presente	✓														
A17	A jurisprudência não deve ser função da composição do STF.		✓	✓				✓								
A18	O modelo constitucional brasileiro não é comparável a modelos internacionais		✓					✓		✓		✓	✓			
A19	A execução antecipada é incompatível com o regime democrático		✓					✓				✓	✓			
A20	A execução antecipada da pena é vedada pelo ordenamento jurídico.		✓											✓		
A21	Os maiores processualistas do País são contrários à execução antecipada		✓													

⁷⁹ Por questões de espaço, utilizam-se aqui apenas as iniciais dos ministros, já descritas na Tabela de Siglas e Abreviaturas apresentada no início deste trabalho: MA (Marco Aurélio), AM (Alexandre de Moraes), EF (Edson Fachin), RW (Rosa Weber), LF (Luiz Fux), RL (Luís Roberto Barroso), CL (Cármem Lúcia), GM (Gilmar Mendes), CM (Celso de Mello) e DT (Dias Toffoli).

ID	Argumento	HC 84.078	HC 126.292	ADCs 43, 44 e 54										
				MA	AM	EF	RB	RW	LF	RL	CL	GM	CM	DT
A22	A execução antecipada é incompatível com o “estado de coisas inconstitucional”		✓	✓							✓	✓		
A23	A execução antecipada ofende a vontade do legislador			✓				✓				✓	✓	✓
A24	O papel do STF é guardar a Constituição			✓				✓						
A25	O Poder Judiciário deve respeitar o Poder Legislativo			✓				✓						
A26	A prisão cautelar não se confunde com a prisão pena.			✓				✓						
A27	A culpa não é apenas matéria de fato, mas também de direito			✓				✓				✓		
A28	O direito internacional define apenas patamares civilizatórios mínimos							✓					✓	
A29	No direito internacional prevalece o princípio da norma mais favorável							✓					✓	
A30	A presunção da inocência é cláusula pétreia									✓				
A31	A execução antecipada não ataca nem a criminalidade nem a impunidade									✓		✓	✓	✓
A32	A DUDH proíbe o retrocesso em matéria de direitos humanos.									✓				
A33	A execução antecipada não combate a seletividade penal.											✓		
A34	Recursos especiais e extraordinários tramitam rapidamente.											✓		✓
A35	O uso abusivo de recursos deve ser tratado por outros meios.											✓	✓	✓
A36	A coisa julgada promove a segurança jurídica.												✓	
B1	A culpa se prova nas instâncias ordinárias.	✓	✓				✓							
B2	Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.	✓				✓								
B3	A execução antecipada não suprime garantias.	✓	✓						✓					
B4	Não é assim em praticamente nenhum lugar do mundo.	✓	✓		✓		✓		✓					
B5	A execução antecipada previne o uso abusivo de recursos.	✓	✓				✓							
B6	A execução antecipada opera o equilíbrio entre os direitos do réu e os da sociedade.	✓	✓			✓					✓			
B7	A vedação à execução antecipada frustra a tutela jurisdicional efetiva.	✓	✓		✓		✓				✓			
B8	A vedação à execução antecipada afronta a legitimidade das instâncias ordinárias.	✓	✓		✓									
B9	A execução antecipada é compatível com o ordenamento jurídico.	✓	✓				✓		✓					
B10	A vedação à execução antecipada compromete a duração do processo.	✓			✓		✓							
B11	Decisões condenatórias são raramente reformadas nos tribunais superiores.	✓	✓				✓							

ID	Argumento	HC 84.078	HC 126.292	ADCs 43, 44 e 54												
				MA	AM	EF	RB	RW	LF	RL	CL	GM	CM	DT		
B12	A prisão cautelar não é um substituto válido para a execução antecipada.	✓														
B13	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal.	✓	✓		✓	✓			✓							
B14	Presunção não se sobrepõe a juízo.	✓														
B15	Direito Civil não se confunde com Direito Penal.	✓									✓					
B16	A jurisprudência do STF autorizava a execução antes do trânsito em julgado.		✓		✓	✓	✓									
B17	A presunção de inocência é princípio que precisa ser ponderado.		✓		✓	✓					✓					
B18	Regime de culpabilidade não é o mesmo que regime de prisão.		✓			✓		✓	✓							✓
B19	A execução antecipada combate a seletividade penal.		✓			✓										
B20	A vedação da execução antecipada promove o sentimento de impunidade.		✓			✓		✓	✓							
B21	O Brasil não é bem avaliado em relação ao combate à corrupção.		✓			✓	✓									
B22	A vedação à execução antecipada incentiva prisões provisórias.		✓													
B23	Há um gradiente de culpabilidade.		✓													
B24	A vontade do legislador é insondável.								✓							
B25	O estado de coisas inconstitucional não pode ser fundamento de interpretação.					✓					✓					
B26	O dispositivo constitucional não é unívoco.					✓	✓	✓	✓	✓						
B27	A interpretação deve ser regida pelos fins sociais e bem comum.					✓	✓	✓	✓	✓						
B28	A execução antecipada produziu resultados positivos.					✓										
B29	O STF precisa estar em sintonia com a sociedade.					✓		✓	✓							
B30	O ordenamento jurídico admite a prisão antes do trânsito em julgado.					✓		✓	✓							
B31	O Brasil vive uma epidemia de criminalidade e corrupção.					✓										
B32	Coisa julgada é diferente de trânsito em julgado.								✓							
B33	A razão histórica da presunção absoluta da inocência está superada.								✓							

Da análise dos dados podem-se extrair várias conclusões:

(I) Em cada nova decisão do STF surgem muitos novos argumentos.

A cada vez que o STF se manifestou sobre o tema, o número de novos argumentos apresentados foi significativo: foram 16 argumentos contrários à execução provisória no HC 84.078, 7 novos argumentos no HC 126.292, e 13 novos argumentos nas ADCs 43, 44 e 54; do lado oposto, foram identificados 15 argumentos favoráveis à execução provisória no HC 84.078, 8 novos argumentos no HC 84.078, e 10 novos argumentos nas ADCs. O dado é ilustrado nos Gráficos 1 e 2 abaixo.

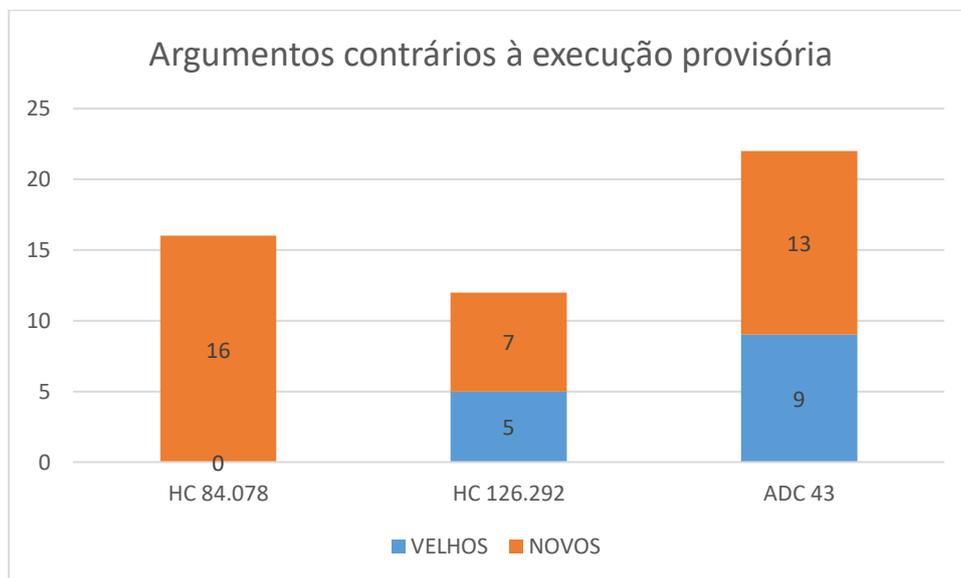


Gráfico 1 – Número de argumentos contrários à execução provisória (fonte: elaboração própria)

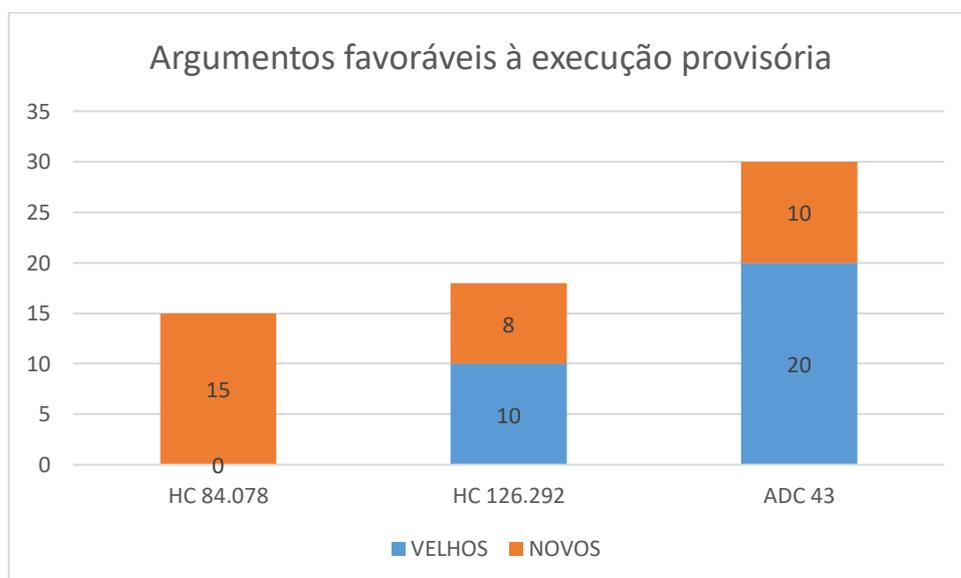


Gráfico 2 – Número de argumentos favoráveis à execução provisória (fonte: elaboração própria)

À primeira vista, o dado confirma a tendência, apontada por Vieira (2020), de que “há preferência no acréscimo de argumentos ou na retomada de razões favoráveis do que no enfrentamento de argumentos divergentes” (p. 163). Os ministros parecem tomar seus votos como oportunidade de acrescentar novos elementos à discussão. Operam, portanto, por acumulação de razões, mais do que pela discussão das razões já apresentadas em favor (ou contra) uma determinada tese. A percepção pode ser ilustrada por um dos chavões do ministro Luiz Fux: “Aqui ninguém gosta da ideia que não teve”⁸⁰.

No entanto, é preciso observar que, nessas três situações, estamos diante de um cenário de superação de precedentes. Como salienta Marinoni (2013), os argumentos das decisões não têm força de coisa julgada material e, podem, por isso, ser revistos. Para tanto, contudo, o Supremo Tribunal Federal

tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais “motivos novos”, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida (p. 227)

As inflexões jurisprudenciais demandariam, pois, “motivos novos”. Não é de estranhar, portanto, a presença de novos argumentos, especialmente entre aqueles que defendem um *overruling*. O que surpreende, em certa medida, é que os novos argumentos sejam apresentados de ambos os lados, inclusive entre aqueles que sustentam a manutenção do precedente, o que contribui para a pluralidade argumentativa e torna particularmente difícil a tarefa de identificar quais teriam sido os motivos determinantes da decisão.

(II) Há muitos argumentos isolados.

Muitos argumentos não são retomados. Dos 69 argumentos elencados, 32 (quase 50% do total) só são mobilizados em apenas um momento ou por apenas um ministro. O dado confirma a percepção de que o acórdão constitua uma “sucessão de monólogos”⁸¹,

⁸⁰ Citado por Recondo e Weber (2019, p. 284)

⁸¹ CÂMARA, 2018.

um amontoado de decisões isoladas, sem que haja propriamente um esforço de articulação e de diálogo intrainstitucional⁸².

Essa polifonia é, evidentemente, apenas uma das faces de um problema estrutural mais abrangente, e de há muito criticado: a falta de uma efetiva colegialidade do STF, também caracterizada pelo excesso de deliberações monocráticas e de pedidos de vista obstrutivos⁸³. O dado pode ser ilustrado pela metáfora atribuída ao ex-ministro Sepúlveda Pertence, para quem o Supremo é um “um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis”⁸⁴.

No entanto, a ausência de retomada é também consequência da metodologia de deliberação do Tribunal: o modelo *seriatim*, em que a decisão colegiada é entendida como uma sequência de decisões individuais; o fato de que a votação acompanha o modelo global, “case-by-case”, em que o juiz avalia o mérito em sua totalidade, e não cada um dos fundamentos em separado⁸⁵; e o fato de que os votos, pelo menos nos casos de maior relevo, são preparados antes dos julgamentos e, portanto, antes da discussão e da deliberação colegiadas, o que restringe as oportunidades de debate, de acordo e de mudança de posição⁸⁶.

O dado curioso é que não se conseguiu identificar nenhuma justificativa para que os argumentos não sejam reaproveitados ao longo da discussão. É o caso, entre outros, o do critério de resolução de antinomias proposto por Eros Grau (A1); o argumento da irreparabilidade de prisões injustas (que aparece em todos e apenas nos votos do ministro Marco Aurélio, A13); e o argumento da inaplicabilidade, aos condenados em segunda

⁸² A dispersão não é apenas argumentativa, mas também formal: o acórdão traz as idiosincrasias de formatação de cada voto, que não são padronizados nem mesmo em relação ao tipo de fonte utilizado, com as peculiaridades próprias de cada ministro (como, por exemplo, os negritos, itálicos e sublinhados utilizados pelo ministro Celso de Mello).

⁸³ RECONDO, WEBER, 2019.

⁸⁴ A expressão é referida em Fontainha, Silva e Nuñez (2015, p. 116)

⁸⁵ MARINONI, 2015. O autor salienta que o art. 939, do CPC, parece prestigiar a sistemática de votação questão por questão, na medida em que estabelece a necessidade de pronunciamento dos julgadores, em separado, sobre questões preliminares e de mérito, mas que a capitulação da decisão nem sempre é observada em relação aos vários pedidos ou às causas de pedir, e vem sendo sistematicamente ignorada em relação aos fundamentos determinantes da decisão.

⁸⁶ Recondo e Weber (2019, p. 277) reportam que, assim que tomou posse, em 2013, o ministro Barroso sugeriu que os ministros liberassem seus votos antes do julgamento, para que os colegas pudessem conhecer os argumentos de cada um antes da sessão. A sugestão não foi aceita. Silva (2015) também informa que “os ministros também reconhecem que a redação dos votos em momento anterior ao debate não somente prejudica a deliberação como também é responsável pelo elevado número de votos divergentes (e concorrentes)” (p. 211).

instância, dos critérios definidos para a prisão cautelar (argumento mobilizado por Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, no HC 84.078, B12).

Em todos esses casos, os argumentos parecem válidos e pertinentes para a discussão. Veja-se, por exemplo, o argumento de que “[é] impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão” (A13). Trata-se de argumento extremamente frequente contra a antecipação da execução. Faz parte do senso comum jurídico a afirmação, atribuída a Voltaire, de que mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente. O argumento mobilizado por Marco Aurélio incide na mesma tópica. E trata-se de argumento que foi mobilizado desde o HC 84.078, ou seja, não é um argumento novo. No entanto, não é utilizado por nenhum outro ministro, seja para confirmá-lo, seja para refutá-lo. Por quê? Qualquer resposta envolveria, evidentemente, uma consulta aos próprios ministros, e não poderia ser aqui desenvolvida senão de forma especulativa, razão pela qual me restringirei a constatar a ocorrência de argumentos isolados, e que esse isolamento não pode ser associado, não diretamente, nem à força, nem à relevância, nem à frequência de ocorrência dos argumentos.

A análise da decisão mostra também que nem todas as causas de pedir dos requerentes foram enfrentadas por todos os ministros. Apenas Alexandre de Moraes e Marco Aurélio discutiram a preliminar levantada pela Procuradoria Geral da República sobre a necessidade de manutenção dos precedentes. Também o pedido de que eventual decisão contrária não produzisse efeitos enquanto prevalecesse o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro só foi abordado por dois dos quatro ministros favoráveis à prisão após a segunda instância. E Edson Fachin foi o único a abordar a questão da retroatividade da jurisprudência criminal prejudicial.

(III) Não houve argumentos mobilizados por todos os ministros.

Nenhum argumento foi mobilizado por todos os ministros, nem mesmo entre os que convergiram no dispositivo das ADCs 43, 44 e 54. Houve, sim, argumentos recorrentes, mas nenhum chegou a figurar em todos os votos que se perfilaram do mesmo lado da decisão.

O Gráfico 3 abaixo permite perceber que 12 argumentos que apareceram na história processual não foram mobilizados no julgamento das ADCs. Outros 22 argumentos apareceram apenas uma vez, ou seja, foram utilizados por apenas um

ministro. Dezenove argumentos foram empregados duas vezes, 12 argumentos foram empregados três vezes, 4 argumentos foram empregados quatro vezes.

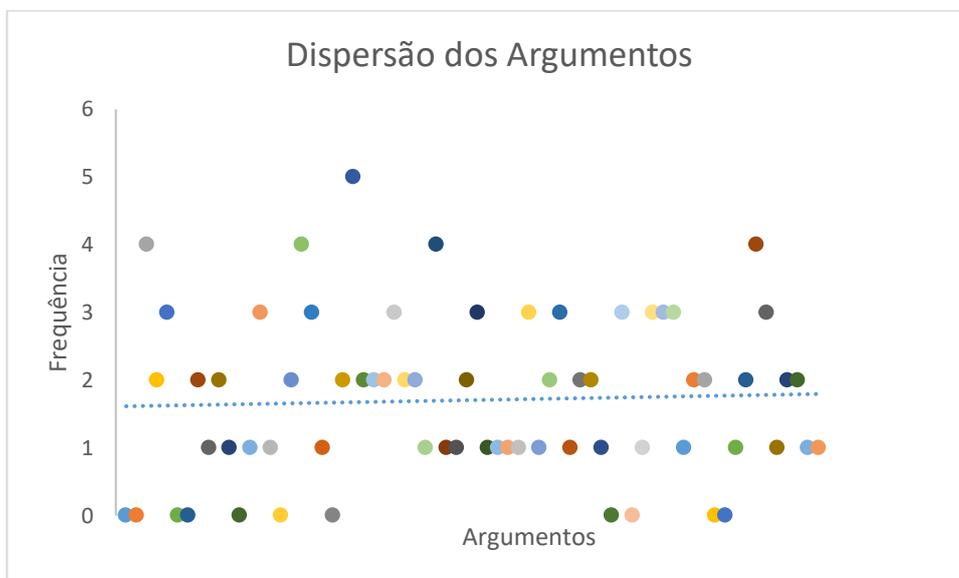


Gráfico 3 – Frequência de ocorrência dos argumentos nas ADCs 43, 44 e 54 (fonte: elaboração própria)

Nem mesmo argumento mais mobilizado – o da vontade do legislador (A23), com 5 ocorrências – alcançou todos os ministros que votaram pela constitucionalidade do art. 283 do CPP. Ricardo Lewandowski, em seu breve voto, embora faça referências à Constituinte de 1988, nada menciona sobre o processo legislativo que culminou na Lei 12.403/2011, e não subscreve, pelo menos não explicitamente, a tese de que o julgador deveria agir com deferência em relação à vontade expressa pelo legislador.

Outros quatro argumentos foram empregados por quatro ministros:

(A3) o argumento da univocidade do art. 5º, LVII, da Constituição;

(B25) o argumento da plurivocidade desse dispositivo constitucional;

(A18) o argumento da especificidade (e, por extensão, da incomparabilidade) do nosso modelo constitucional em relação ao direito estrangeiro; e

(A31) o argumento de que a execução provisória não é meio hábil para atacar a criminalidade ou a impunidade.

A diversidade argumentativa e o número reduzido de argumentos comuns têm, evidentemente, impacto sobre os percursos argumentativos observados no corpo da decisão, como se verá em seguida.

(IV) Os ministros chegaram à decisão por caminhos argumentativos diferentes.

Observam-se, no acórdão, linhas argumentativas que são, sobretudo, individuais. Mesmo os ministros que concordam no dispositivo o fizeram por percursos argumentativos diferentes. O dado pode ser observado na Tabela 8 abaixo:

Tabela 8 – Argumentos mobilizados no acórdão das ADCs (fonte: elaboração própria)

Ministro	Número de argumentos	Argumentos
Marco Aurélio	13	A3, A5, A8, A10, A13, A14, A17, A22, A23, A24, A25, A26, A27
Alexandre de Moraes	7	B4, B7, B8, B10, B13, B16, B17
Edson Fachin	7	B2, B6, B13, B16, B21, B25, B26
Luis Roberto Barroso	18	B1, B4, B5, B7, B9, B10, B11, B16, B18, B19, B20, B21, B26, B27, B28, B29, B30, B31
Rosa Weber	13	A3, A4, A5, A17, A18, A19, A23, A24, A25, A26, A27, A28, A29
Luiz Fux	13	B3, B4, B9, B13, B18, B20, B24, B26, B27, B29, B30, B32, B33
Ricardo Lewandowski	5	A14, A18, A30, A31, A32
Cármem Lúcia	7	B6, B7, B15, B17, B25, B26, B27
Gilmar Mendes	14	A3, A4, A11, A14, A15, A18, A19, A22, A23, A27, A31, A33, A34, A35
Celso de Mello	13	A5, A8, A9, A10, A18, A19, A20, A23, A28, A29, A31, A35, A36
Dias Toffoli	4	A23, A31, A34, A35

O Diagrama 3, já apresentado no Capítulo 1, representa graficamente o percurso argumentativo de cada voto contrário à execução provisória da pena:

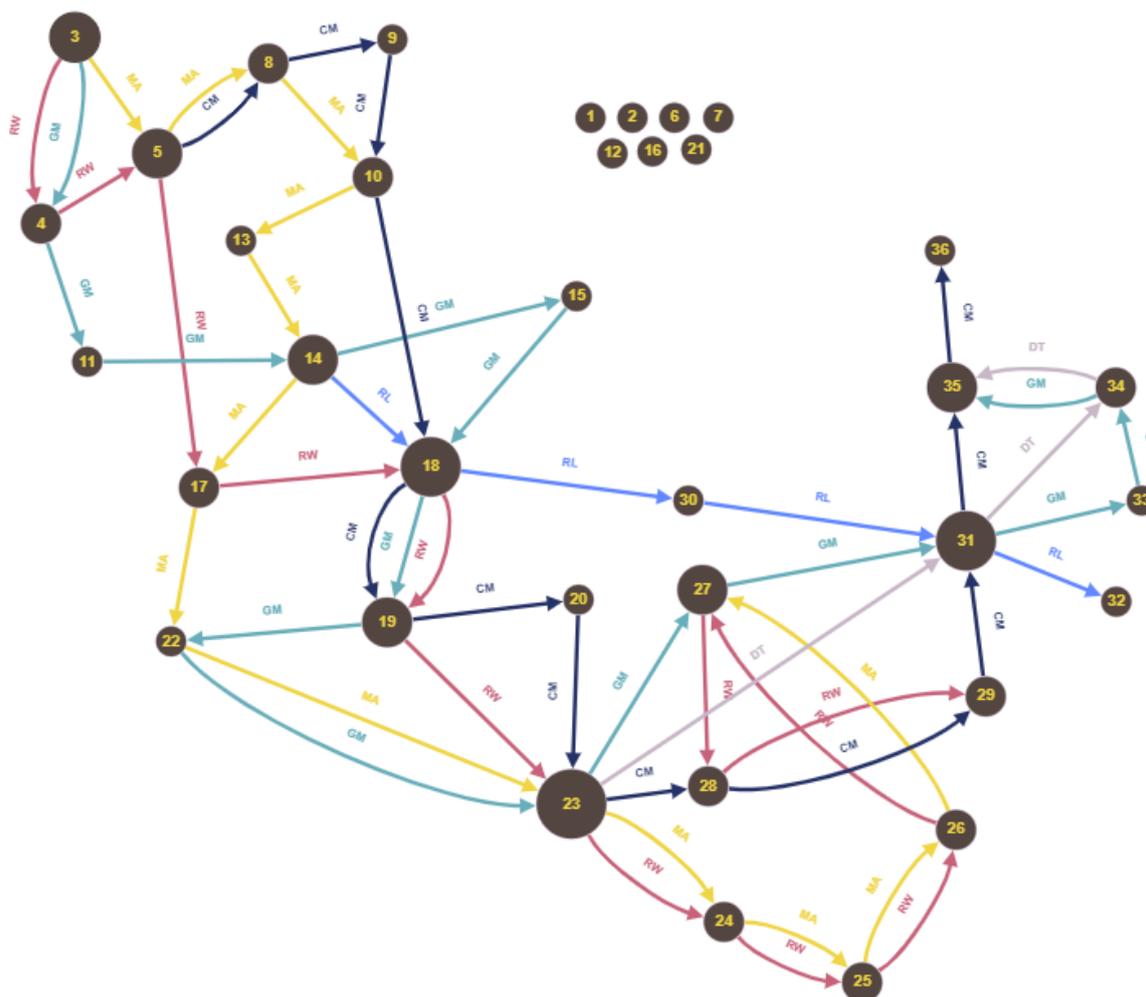


Diagrama 3 – Percurso argumentativo dos votos contrários à execução provisória (fonte: elaboração própria)⁸⁷

O diagrama evidencia que 7 argumentos utilizados no curso da história processual (A1, A2, A6, A7, A12, A16 e A21) não foram reutilizados no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, e por isso ficaram excluídos do grafo. Vários outros vértices (A9, A11, A13, A15, etc.), representados em círculos menores, foram percorridos por apenas um ministro e constituem, portanto, argumentos isolados. O vértice com maior valência e, conseqüentemente, o de maior dimensão, é o A23 (argumento relativo à vontade do legislador), por onde passam os caminhos de 5 ministros, mas que não é percorrido por Ricardo Lewandowski (indicado em azul real), que tem, aliás, o percurso argumentativo mais idiossincrático dos seis ministros contemplados no diagrama.

No entanto, percebe-se que há bem pouca convergência entre os ministros de maneira geral. É certo que alguns ministros transitam pelos mesmos vértices – veja-se, a

⁸⁷ Por questões de legibilidade, os ministros são novamente representados por suas iniciais e omitem-se os nomes dos vértices, que são todos do tipo A (ou seja, o vértice 1 representa o argumento A1).

título de exemplo, o caminho paralelo descrito por Rosa Weber (em rosa) e Marco Aurélio (em amarelo) entre os vértices A23 (vontade do legislador) e A27 (a culpa é também matéria de direito); no entanto, trata-se de convergência excepcional, já que a regra é que as trajetórias sejam muito diferentes.

A divergência deriva, não apenas dos argumentos empregados, mas da maneira como são percorridos, ou seja, do número de arestas que incidem entre os vértices. Marco Aurélio (em amarelo) e Celso de Melo (em azul marinho), por exemplo, vão de A8 (o direito à liberdade) a A10 (o direito ao devido processo legal), mas enquanto Marco Aurélio faz essa passagem de forma direta, Celso de Melo mobiliza, entre um argumento e outro, o argumento A9 (não existe um gradiente de inocência).

Situações como essas são comuns, e convidam à tentativa de simplificar o grafo, de forma a encontrar subgrafos que possam representar trechos que teriam sido percorridos por todos os ministros. A teoria dos grafos dispõe de vários mecanismos de redução da complexidade de grafos que procuram conservar o isomorfismo entre o grafo original e os subgrafos derivados, isomorfismo validado por meio de um conjunto de propriedades hereditárias consideradas relevantes para os fins da simplificação. É o caso, por exemplo, dos algoritmos que procuram traçar o “caminho hamiltoniano”⁸⁸, em que cada vértice é visitado pelo menos uma vez em um grafo orientado, ou a árvore de extensão mínima, que conectaria todos os vértices num grafo não orientado⁸⁹.

No entanto, submetida a uma plataforma de redução de grafos (disponível em <https://graphonline.ru/en/>⁹⁰), a representação acima não alcançou nenhum resultado válido, tendo sido caracterizada como um grafo k-partido, isto é, um grafo particionado em k subgrafos distintos, sem arestas e vértices em comum, incapazes de reproduzir as propriedades estruturais do grafo original. Isso implica dizer que não é possível extrair,

⁸⁸ A definição “caminho hamiltoniano” faz referência ao matemático irlandês William Rowan Hamilton (1805-1865), inventor do quebra-cabeças de Hamilton, que envolve encontrar um ciclo em um grafo de doze vértices.

⁸⁹ Neste trabalho, o papel da teoria dos grafos é, sobretudo, auxiliar. Meu objetivo era utilizá-la como estratégia de verificação do (des)arranjo argumentativo da decisão, e da (in)viabilidade de se extrair, dessa configuração, um mínimo denominador jurídico comum que pudesse vir a operar como *ratio decidendi*. Como a estratégia não se revelou útil, entendo que não cabe aqui uma descrição minuciosa dos algoritmos envolvidos, e remeto o leitor a Feofiloff, Kohayakawa e Wakabayashi (2011), que serviu de base a esta exploração.

⁹⁰ Há várias plataformas de processamento de grafos disponíveis *online*. Na plataforma em tela, *open source*, o usuário fornece os grafos (sob a forma de uma matriz de adjacências ou uma lista de adjacências), e pode testar, para cada grafo, as várias funcionalidades disponíveis, a partir dos vários algoritmos implementados. A documentação está disponível em <https://graphonline.ru/en/wiki/>.

Embora o grafo pareça menos dispersivo do que o relativo aos votos contrários à execução provisória, uma análise detida revela que as convergências são aqui também muito limitadas. O vértice mais visitado – o B26, sobre a polivocidade do dispositivo constitucional – não é percorrido pelo ministro Alexandre de Moraes. Como no grafo anterior, percebe-se que há também deste lado argumentos mobilizados por ocasião dos HCs (B12, B14, B22, B23) que não são empregados na discussão das ADCs; que há um número considerável de argumentos isolados (B1, B3, B5, B8, etc.); e que a convergência de trajetórias argumentativas é apenas episódica e eventual.

Também em relação a este grafo não foi possível obter nenhum subgrafo que pudesse herdar suas propriedades formais, e que pudesse evidenciar um fundamento jurídico mínimo comum, ainda que vencido, para a decisão.

A análise parece comprovar que, no caso específico das ADCs 43, 44 e 54, os votos, mesmo quando convergentes em relação ao dispositivo, foram marcadamente divergentes em relação à trajetória argumentativa.

Observados do ângulo da natureza dos vértices, percebe-se que os percursos parecem ser orientados por valores e, por consequência, pressupostos diferentes. Os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, por exemplo, utilizam argumentos principalmente principiológicos (supremacia da Constituição, liberdade, devido processo legal, separação dos poderes); Rosa Weber se concentra em argumentos hermenêuticos e institucionais (segurança jurídica, deferência ao Legislativo); Ricardo Lewandowski mobiliza, sobretudo, contra-argumentos; e Gilmar Mendes e Dias Toffoli se valem, preferencialmente, de argumentos consequencialistas (prevenção contra abuso de direito, alternativas recursais) e baseados em dados empíricos (reversibilidade de decisões, população carcerária, criminalidade e impunidade).

Na posição oposta, a dispersão é equivalente: Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia se definem abertamente como consequencialistas (em torno da doutrina da efetividade penal), ao passo que Alexandre de Moraes parece apelar, principalmente, para argumentos históricos e institucionais (segurança jurídica), e Edson Fachin, a elementos principiológicos.

No entanto, não se pretende aqui aprofundar o perfil hermenêutico de cada um dos ministros, nem se afirmar que a divergência é regra no STF. Há trabalhos que apontam clara convergência de votos no Tribunal. Oliveira (2017), por exemplo, aponta que o STF esteve dividido em apenas 3% das ADIs julgadas entre 1988 e 2014. E Silva (2015)

informa que na grande maioria das decisões os ministros simplesmente seguem o relator, concentrando-se a divergência “nas decisões mais relevantes, mais polêmicas e que chamam mais a atenção do público externo ao tribunal” (p. 210).

(V) Houve intensa interação entre argumentos.

Embora muitos argumentos não sejam retomados e as trajetórias argumentativas sejam diferentes, o levantamento permite perceber que houve, sim, intensa interação argumentativa entre os votos dos ministros, ainda que ela não tenha ocorrido por meio de citações diretas, e ainda que o diálogo se tenha dado, muitas vezes, entre votos de julgamentos diferentes (ou seja, nas ADCs os ministros pareceram dialogar, principalmente, com os argumentos proferidos nos HCs).

O dado não aparece nítido nos diagramas anteriores porque, como já assinalado por Vieira (2020), os ministros não evocam explicitamente os votos contrários para refutá-los. Em vez de retomar os argumentos de que discordam para evidenciar suas impropriedades, simplesmente acrescentam novos argumentos em direção contrária. Essa é a razão por que nenhum dos argumentos apresentados no Diagrama 3 aparece no Diagrama 4, e vice-versa: os ministros simplesmente desconsideram, durante os seus votos, os argumentos que não favorecem sua posição.

No entanto, a interação entre os argumentos pode ser afirmada quando se comparam os temas, como ilustrado pelas redes de oposições indicadas na Tabela 9 abaixo.

Tabela 9 – Contraposição dos argumentos mobilizados no curso do processo (fonte: elaboração própria)

Argumentos contrários à execução provisória		Argumentos favoráveis à execução provisória	
A3	O dispositivo constitucional é claro e unívoco.	B26	O dispositivo constitucional não é unívoco.
A4	O dispositivo contém uma regra expressa (e não apenas um princípio).	B17	A presunção de inocência é princípio que precisa ser ponderado.
A5	Direito é meio, e não fim.	B27	A interpretação deve ser regida pelos fins sociais e bem comum.
		B22	A vedação à execução antecipada incentiva prisões provisórias.
		B28	A execução antecipada produziu resultados positivos
A7	O trânsito em julgado é requisito para a execução de penas menos graves.	B15	Direito Civil não se confunde com Direito Penal
A9	Não existe um gradiente de inocência.	B23	Há um gradiente de culpabilidade.
A10	O devido processo legal é uma garantia do acusado.	B3	A execução antecipada não suprime garantias
A11	A competência das instâncias ordinárias não se confunde com a das superiores.	B8	A vedação à execução antecipada afronta a legitimidade das instâncias ordinárias

Argumentos contrários à execução provisória		Argumentos favoráveis à execução provisória	
A13	Os efeitos da prisão são irreversíveis.	B11	Decisões condenatórias são raramente reformadas nos tribunais superiores.
A14	O sistema penal é falível.		
A15	Existe instrumento menos gravoso do que a antecipação da pena.	B12	A prisão cautelar não é um substituto válido para a execução antecipada
A17	A jurisprudência não deve ser função da composição do STF.	B16	A jurisprudência do STF autorizava a execução antes do trânsito em julgado.
A18	O modelo constitucional brasileiro não é comparável a modelos internacionais	B4	Não é assim em praticamente nenhum lugar do mundo.
A28	O direito internacional define apenas patamares civilizatórios mínimos		
A29	No direito internacional prevalece o princípio da norma mais favorável		
A32	A DUDH proíbe o retrocesso em matéria de direitos humanos		
A20	A execução antecipada da pena é vedada pelo ordenamento jurídico.	B9	A execução antecipada é compatível com o ordenamento jurídico.
		B2	Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo.
A22	A execução antecipada é incompatível com o “estado de coisas inconstitucional”	B25	O estado de coisas inconstitucional não pode ser fundamento de interpretação.
A23	A execução antecipada ofende a vontade do legislador	B24	A vontade do legislador é insondável.
A24	O papel do STF é guardar a Constituição	B29	O STF precisa estar em sintonia com a sociedade.
A26	A prisão cautelar não se confunde com a prisão pena.	B30	O ordenamento jurídico admite a prisão antes do trânsito em julgado.
		B18	Regime de culpabilidade não é o mesmo que regime de prisão
A27	A culpa não é apenas matéria de fato, mas também de direito	B1	A culpa se prova nas instâncias ordinárias
		B13	O princípio da presunção da inocência restringe-se à instrução criminal.
A31	A execução antecipada não ataca nem a criminalidade nem a impunidade	B31	O Brasil vive uma epidemia de criminalidade e corrupção.
		B20	A vedação da execução antecipada promove o sentimento de impunidade.
		B21	O Brasil não é bem avaliado em relação ao combate à corrupção.
A33	A execução antecipada não combate a seletividade penal	B19	A execução antecipada combate a seletividade penal.
A34	Recursos especiais e extraordinários tramitam rapidamente	B10	A vedação à execução antecipada compromete a duração do processo.
A35	O uso abusivo de recursos deve ser tratado por outros meios	B5	A execução antecipada previne o uso abusivo de recursos.
A36	A coisa julgada promove a segurança jurídica	B32	Coisa julgada é diferente de trânsito em julgado

Há muitos argumentos, de parte a parte, mesmo frequentes, que não são enfrentados: nenhum ministro favorável à execução provisória aborda, por exemplo, o argumento A25 (da deferência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo), ou o argumento A30 (de que a presunção da inocência é cláusula pétrea), ou o argumento de autoridade A21 (de que os maiores processualistas do Brasil seriam contrários à antecipação da execução); da mesma forma, nenhum ministro contrário à execução provisória aborda o

argumento B6 (de que a execução antecipada opera o equilíbrio entre os direitos do réu e os da sociedade) ou B7 (doutrina da efetividade da jurisdição penal).

No entanto, a Tabela 9 ilustra que se pode encontrar, no corpo da decisão, algum contraponto, mesmo que não voluntário, para quase todos os argumentos mobilizados. Destaque-se, entre outros:

a) 4 ministros defenderam a univocidade do art. 5º, LVII, da Constituição (A3), contra 4 que defenderam a plurivocidade (B25) do mesmo dispositivo;

b) 3 ministros defenderam que a culpa se restringe à instrução criminal (B13), voltada para a prova da materialidade e da autoria do crime, e outros 3 sustentaram que ela envolveria também matéria de direito, e por isso só poderia ser exaurida nos tribunais superiores (A27);

c) 3 ministros mobilizaram o argumento de que a prisão após o trânsito em julgado não seria exigida pelas convenções internacionais e somente ocorreria no Brasil (B4), ao passo que 4 sustentaram argumentos contrários a essa posição: que as constituições são diferentes (A18), que a realidade brasileira é diferente, que normas internacionais de direitos humanos fornecem apenas patamares mínimos (A28) e que prevalece, nos casos de antinomia de direito internacional, a norma mais favorável ao réu (A29);

d) 3 ministros disseram que o dispositivo constitucional envolveria princípio (e não regra) sujeito à ponderação (B17), e outros dois afirmaram que se tratava de regra expressa (A4);

e) o argumento histórico foi mobilizado nas duas direções: seja pela recuperação das condições de produção legislativa (interpretação autêntica), na Constituinte e durante a elaboração da Lei 12.403/2011 (A23), seja pela recuperação da jurisprudência tradicional do STF (B16);

f) também o argumento da interpretação sistemática foi utilizado em direções opostas: seja para diferenciar o regime de culpabilidade do regime de prisão (B18), seja para afirmar a exigência de trânsito em julgado em decisões menos graves (A7);

f) o tema do uso abusivo de recursos apareceu em vários votos: para afirmar que execução provisória seria uma estratégia para evitar recursos protelatórios (B5), e para afirmar já existiriam regras para conter o abuso (o instituto da repercussão geral, por exemplo), e que restrições adicionais caberiam ao legislador (A35);

g) também se discutiu o papel institucional do STF: se contramajoritário (A24) ou se representativo da opinião popular (B29);

h) o argumento, já mobilizado nos HCs, do desprestígio das instâncias ordinárias, também foi reapresentado (B8) e combatido (A11); e

i) dados empíricos e estatísticos foram apresentados e contraditados por vários ministros: afirmou-se que o número de decisões reformadas pelos tribunais superiores seria irrisório (B11) e relevante (A14); que a prisão apenas após o trânsito em julgado prejudicaria a duração razoável do processo (B10) e que os recursos tramitam rapidamente nas cortes superiores (A34); que antecipação da execução combateria a seletividade penal (B19) e que o maior número de recursos em julgamento diria respeito a pessoas pobres (A33).

Na medida em que os temas são retomados, ainda que não com o mesmo relevo, pode-se dizer que há, em certa medida, algum diálogo entre os ministros; as posições alheias não são simplesmente ignoradas, mas corroboradas ou refutadas, ainda que indiretamente. De resto, os ministros referenciam-se e citam-se uns aos outros e trazem inúmeros trechos de julgados anteriores para reforçar suas posições.

Os próprios apartes, embora episódicos e em geral apenas homologatórios, são evidência disso: Ricardo Lewandowski, por exemplo, manifesta-se imediatamente contra a tese, defendida por Luís Roberto Barroso, de que a redução nos índices de encarceramento verificada após 2016 seria resultante da mudança jurisprudencial ocorrida no HC 126.292; e Luiz Fux se contrapõe à informação, apresentada por Dias Toffoli, de que o art. 283 do CPP não teria sido discutido no voto do ministro Teori Zavascki no âmbito do mesmo HC.

Não se confirma, portanto, pelo menos não em relação aos pontos indicados, a imagem de que o acórdão seria caracterizado por votos isolados, não inter-relacionados, o que representa, em certa medida, uma contradição à afirmação anterior (item II), de que os votos envolvem considerável grau de solipsismo, com muitos argumentos isolados. A questão, porém, é que a interação argumentativa não conduziu a nenhuma convergência relevante. Apresentaram-se argumentos em direções contrárias, mas não houve, propriamente, discussão, e a situação não evoluiu do impasse.

Cite-se, a título de exemplo, a questão relativa ao estatuto hermenêutico do art. 5º, LVII, da Constituição Federal: trata-se de regra ou de princípio? Para Rosa Weber e Gilmar Mendes (A4), o dispositivo contém uma regra expressa, comando explícito que não envolveria nenhuma indeterminação semântica e, portanto, admitiria grau reduzido de ingerência na atribuição de sentido. Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e

Cármem Lúcia afirmam, por sua vez, que se trata de princípio (B17), mandado de otimização que não pode ser interpretado isoladamente e que deve ser harmonizado com outros princípios (nomeadamente o da “efetividade da tutela judicial”) para que não seja subvertido o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo constituinte originário.

As duas posições – diametralmente opostas – não são resolvidas no âmbito da decisão. Não ocorre, em nenhum momento, “convencimento” de nenhuma das partes. A interação entre os ministros é, pois, insuficiente para uma mudança de posição.

Silva (2015) afirma que “os votos divergentes, quando feitos antes da própria deliberação, acabam se tornando meros votos vencidos e não conseguem estabelecer um diálogo com a posição majoritária do tribunal” (p. 210). A questão aqui, no entanto, parece ter um outro contorno. O problema parece ser menos a ausência de diálogo do que a oportunidade (ou o momento) de diálogo, muito distendido no tempo, aliada ao apreço à divergência, à independência e à autoconsistência entre os magistrados, como indicado a seguir.

(VI) Os ministros são, em regra, consistentes com suas próprias decisões anteriores.

A consistência nos votos é a regra entre os ministros, como indica a Tabela 10 a seguir.

Tabela 10 - Posição dos ministros do STF sobre a inconstitucionalidade de execução antecipada de pena.

(fonte: elaboração própria)

Ministro	HC 84078 (2009)	HC 126292 (fev/2016)	MC ADC (out/2016)	ADC (nov/2019)
Ayres Britto	✓			
Cezar Peluso	✓			
Eros Grau	✓			
Ellen Gracie	✗			
Joaquim Barbosa	✗			
Menezes Direito	✗			
Celso de Mello	✓	✓	✓	✓
Ricardo Lewandowski	✓	✓	✓	✓
Marco Aurélio	✓	✓	✓	✓
Gilmar Mendes	✓	✗	✗	✓
Cármen Lúcia	✗	✗	✗	✗
Rosa Weber		✓	✓	✓
Teori Zavascki		✗	✗	✗
Edson Fachin		✗	✗	✗
Roberto Barroso		✗	✗	✗
Luiz Fux		✗	✗	✗
Dias Toffoli		✗	✗ ⁹²	✓
Alexandre de Moraes				✗

As duas únicas exceções – Gilmar Mendes e Dias Toffoli – não atribuem à opinião dos colegas nenhum papel em sua mudança de posição. A justificativa que Gilmar Mendes apresenta para seu *overruling* é bastante concisa:

Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal. (p. 292)

O ministro refere os excessos dos tribunais – que estariam expedindo mandados de prisão sem fundamentação – e a operação Lava-Jato como exemplos de “arbitrariedades” que recomendariam a revisão do precedente assentado no HC 126.292. Em nenhum instante afirma ter levado em conta os argumentos da posição contrária. A mudança seria derivada de uma alteração fática.

Dias Toffoli não faz nenhuma referência explícita às razões de sua mudança de posicionamento, mas menciona que, nas decisões anteriores, tomadas em sede de controle

⁹² Como assinalado na Seção 2.7, o ministro Dias Toffoli, no julgamento das medidas cautelares das ADCs, votou contra a concessão da ordem, mas divergiu da maioria, ao sugerir como marco para o cumprimento da execução a decisão do STJ em sede de recurso especial.

concreto, não havia sido arguida a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que seria a matéria em discussão, e cuja compatibilidade com a Constituição não poderia ser recusada (p. 425).

É interessante observar como a consistência é vista, pelos ministros, como um valor. Marco Aurélio critica abertamente a Procuradoria Geral da República por mudar seu entendimento no curso do processo (p. 28) e registra, com orgulho, que “desde sempre, implement[a] a resistência democrática e republicana na matéria” (p. 30). Rosa Weber, por sua vez, dedica quatro pontos de seu voto (do 10 ao 13) para defender os princípios da colegialidade e da segurança jurídica como justificativa para ter votado, após a decisão de 2016, contra sua convicção pessoal: “Não se diga, portanto, que alterei na oportunidade o meu entendimento quanto ao tema de fundo, que hoje volta à análise. Minha leitura constitucional sempre foi a mesma” (p. 167). Celso de Mello também se orgulha de “que há mais de 30 (trinta) anos t[em] julgado a controvérsia ora em exame sempre no mesmo sentido” (p. 362).

A ministra Cármen Lúcia também é clara em relação à insuficiência dos argumentos da posição contrária para alterar sua convicção:

Mantenho-me, contudo, Senhor Presidente, com o convencimento que expressei naquele primeiro julgamento, no HC 84.078, conquanto tenha atentado ao que exposto - com fundamentos, como disse, da maior importância, merecedores de cuidados, mas que não chegaram a alterar minha compreensão sobre a matéria, com as vênias dos que pensam diferente (p. 260).

Esse (auto)elogio à coerência interna dos ministros pode ser associado a outra suposta característica do STF: a valorização da “independência” dos magistrados. Luiz Fux, fazendo referência a Marco Aurélio, louva “a nossa independência jurídica [dos ministros do STF], que é insindicável por qualquer Colega” (p. 189) e comemora que “[n]ós aqui temos dissenso, mas não temos discórdia” (p. 189). Cármen Lúcia, por sua vez, defende que “[o] respeito a posições contrárias, o comedimento ao se ouvir a exposição e a aplicação de teses diversas daquela que se adota ou que se quer que seja adotada é exatamente o que marca o núcleo da convivência democrática” e conclui que “[q]uem gosta de unanimidade é ditadura. Democracia sempre é plural” (p. 261).

Os dados confirmam a impressão de Silva (2015) de “a quantidade de votos individuais (divergentes ou convergentes) não é vista [pelo STF] como um problema, mas como uma virtude” (p. 224). O autor afirma que os ministros “não parecem ver uma

ligação necessária entre excesso de votos individuais e individualismo” (p. 224) e afastam qualquer associação entre divergências e personalismo, fragmentação e pouca institucionalidade nas decisões.

Capítulo 4. Da consequência

Como se pôde perceber no capítulo anterior, a decisão do STF no caso das ADCs 43, 44 e 54 é, de fato, caracterizada por substancial dispersão de fundamentos. A ausência de convergência se verifica, não apenas entre votos vencedores e vencidos, mas entre votos vencedores, e entre votos vencidos.

A decisão amolda-se, à perfeição, àquilo que Marinoni (2015) define como “decisão plural”, ou seja, a “decisão majoritária embasada em fundamentos minoritários”. O problema que se instala, nesses casos, é o de determinar a extensão da eficácia da decisão.

Trata-se, como já salientado, de problema relevante, porque o STF alterou sua orientação sobre a matéria três vezes em dez anos, e está atualmente em discussão no Tribunal um novo processo – o RE 1.235.340 (Tema 1068), sobre a prisão imediata após a deliberação (recorrível) do Tribunal do Júri – que pode vir a representar nova inflexão jurisprudencial sobre a presunção da inocência.

Que garantias podem ter, portanto, os jurisdicionados de que a decisão tomada pelo STF no âmbito das ADCs 43, 44 e 54 é “estável”? Em que medida constitui ela – na qualidade de controle concentrado de constitucionalidade – um “precedente obrigatório”, a ser observado, não apenas pelos tribunais inferiores e juízes de primeira instância, mas também nas decisões (monocráticas ou colegiadas) tomadas pelos ministros do próprio STF? E caso constitua, efetivamente, um precedente obrigatório, qual é a sua parte “vinculante”, e quais seriam as condições para sua superação?

Para que se possa tentar responder a essas questões será fundamental fazer um excursão pelas teorias do precedente e da *ratio decidendi*, objeto do presente capítulo.

4.1 Sobre o precedente

Parece não haver muita divergência sobre a relevância de um sistema de precedentes, mesmo nos sistemas de *civil law*. MacCormick (2008) cita, entre outros, a importância da isonomia, da imparcialidade e da impessoalidade na atividade judicante; a necessidade de coerência e de consistência (“*treat like cases alike*”), que seriam “virtudes sistêmicas do direito”; e a economia de esforços.

No corpo do acórdão das ADCs 43, 44 e 54, a referência – sempre apologética – ao sistema de precedentes aparece com frequência.

A estabilidade dos precedentes é, por exemplo, uma das preliminares arguidas pela Procuradoria Geral da República. A PGR postula a perda de objeto das ADCs, porque a pretensão dos requerentes – a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP – já teria sido satisfeita no âmbito do ARE 964.246 (Tema 925), que havia confirmado a orientação jurisprudencial do HC 126.292. Para a PGR, qualquer alteração, em tão pouco tempo, representaria “retrocesso para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada”⁹³.

A importância de que o STF se atenha aos próprios precedentes – assim compreendidas as decisões tomadas até 2009 e posteriormente a 2016 – constitui também parte relevante da argumentação de três ministros que, embora afastem a preliminar de não conhecimento da PGR, mobilizam o argumento da “segurança jurídica” (argumento B16). Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A jurisprudência é um valor intrínseco em si, independentemente do mérito do que ela represente. E, como o sistema de precedentes e de respeito à jurisprudência é relativamente novo no Brasil, nós ainda não consolidamos essa ideia, mas vamos fazê-lo. **O precedente existe para ser respeitado** (p. 106, grifos meus).

Mesmo entre os ministros que advogavam, no caso, um *overruling*, a referência à importância dos precedentes é reiterada. Marco Aurélio, por exemplo, é enfático ao afirmar que “devem ser excepcionais e raríssimos os casos em que se altere posicionamentos já pacificados, em respeito à segurança jurídica” (p. 53).

O problema – no caso – parece ser exatamente que a decisão sobre a possibilidade de prisão após decisão colegiada em segunda instância, em cada uma das vezes em que foi tomada, parece não estar “pacificada”, o que nos remete à discussão sobre o sentido de “precedente” na dogmática jurídica.

A definição de “precedente” – talvez porque excessivamente vaga – parece relativamente convergente na doutrina: “decisões anteriores que funcionam como

⁹³ BRASIL, 2020, p. 48

modelos para decisões posteriores”⁹⁴. A convergência se dissipa quando se começa a investigar a gênese e a eficácia dessas decisões paradigmáticas.

Streck, Raatz e Morbach (2019), por exemplo, afirmam que “um precedente legítimo não nasce precedente” (p. 336). Os autores associam o efeito vinculante de uma decisão – o chamado “binding effect” – à sua referência e à sua recorrência (isto é, à “precedential significance”) em decisões posteriores:

Nenhuma decisão, nem mesmo uma decisão unânime da Suprema Corte, é um precedente no dia em que é proferida. O que torna tal decisão um precedente, pois, é o fato de ela ser reconhecida e aceita enquanto um pronunciamento dotado de autoridade, capaz de resolver controvérsias que lhe são futuras. (p. 325)

Mello e Barroso (2016), por outro lado, afirmam que o Código do Processo Civil, em seu art. 927, instituiu um “sistema amplo de precedentes vinculantes”, que já nasceriam, portanto, precedentes e vinculantes: as súmulas vinculantes; as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade; os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo; os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência; os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ; e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau. Das decisões que divergissem desses entendimentos caberia, nos termos do art. 988, a possibilidade de reclamação.

Também parece não haver muita convergência em relação à eficácia dos precedentes. Mello e Barroso (2016) falam em “eficácia normativa”, quando os “entendimentos devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação” (p. 13); em “eficácia meramente persuasiva”, quando “os precedentes vinculam apenas as partes do caso em que foram proferidos” (p. 13); e em “eficácia intermediária”, categoria residual, que abrigaria “decisões judiciais [...] que produzem efeitos impositivos em diferentes graus”, mas que não permitiriam o uso da reclamação (p. 14).

Outros autores falam em precedente vertical, quando as decisões dos tribunais superiores afetam as decisões dos juízes e tribunais inferiores; em precedente horizontal,

⁹⁴ MACCORMICK; SUMMERS, 2008. No original em inglês: “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions” (p. 1).

entre juízes que se situam no mesmo nível hierárquico; e até mesmo em autopercedente, os precedentes que orientam um mesmo juiz em suas decisões.

Schauer (2013) associa os precedentes verticais à “autoridade hierárquica”, normalmente definida em lei, e afirma que, em regra, são vinculantes, porque obrigam os juizados inferiores mesmo quando os juízes não estão de acordo com as decisões das cortes superiores. Os precedentes horizontais, por outro lado, teriam caráter persuasivo, sendo derivados de uma “autoridade racional”: são decisões anteriores (do mesmo tribunal) normalmente levadas em consideração, mas que se impõem, sobretudo, porque são consideradas corretas, e não porque são consideradas imperativas.

MacCormick (2008) reinterpreta a distinção entre “precedente obrigatório” e “precedente persuasivo” em termos, respectivamente, de “maneira correta” e “melhor maneira” de interpretar, que o autor associa às concepções positivista (rígida e formalista) e argumentativa do direito.

Bustamante (2007), reportando Svein Eng, ressitua o problema em torno da noção de “obrigatoriedade”, que poderia ser definida em dois sentidos: o de “obrigação de levar em conta um precedente judicial” (vinculação ao precedente em sentido frágil) e a “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial” (vinculação em sentido forte).

Em que pesem as divergências taxonômicas, Marinoni (2015) destaca que o sistema de precedentes judiciais foi a principal inovação do novo CPC. O autor afirma ser o precedente uma estratégia mais adequada para definir “o sentido do direito” do que as ideias de súmula e jurisprudência uniforme:

Só as razões que a Corte utiliza para justificar a solução da questão de direito numa específica moldura fática dão ao juiz do novo caso condições de saber se o entendimento da Corte Suprema deve regulá-lo. [...] Esse o simples motivo para se ter que falar em precedentes obrigatórios e abandonar as ideias de súmula e jurisprudência uniforme, comprometidas com uma perspectiva teórica completamente superada (MARINONI, 2015).

No sistema de precedentes, diferentemente do que ocorre com as súmulas do direito brasileiro, as normas não são apenas “declaradas”, mas estão submetidas a um controle de racionalidade: o percurso argumentativo-interpretativo que conduz à decisão confere, aos demais operadores do direito, condições de saber em que medida o entendimento construído pelos tribunais superiores deve ser observado em novos casos.

A par dos problemas relativos à gênese e à eficácia do precedente, existem também os problemas relativos à sua própria delimitação.

Streck, Raatz e Morbach (2019) reportam que, nos países de *common law*, são três as definições de “precedente”:

- (i) o precedente como regra imposta (*rule-stating model*);
- (ii) o precedente como a aplicação de princípios subjacentes à decisão (*principle-exemplifying model*); e
- (iii) o precedente como uma decisão a partir do balanço de razões existentes na decisão do caso individual, ou de analogia particular (*model of particular analogy*) (p. 327)

Na primeira acepção, que os autores associam a Frederick Schauer e afirmam ser mais comum no Reino Unido, o precedente é concebido como uma “regra de decisão” que se poderia extrair do caso. A definição parece também convergir com a de MacCormick (2008), que associa o precedente a uma norma universalizável que se poderia retirar da justificativa de uma decisão. E esta é a abordagem que mais se aproxima da de Mello e Barroso (2016), que associam a noção de precedente à de “tese jurídica”.

O segundo modelo é associado a Ronald Dworkin e seria mais frequente nos Estados Unidos. Neste caso, parte-se de uma “doutrina atenuada dos precedentes”, que retirariam sua força, não do ato de autoridade, mas de seu poder de persuasão. Nesta acepção, o precedente é concebido antes como expressão de um princípio do que como declaração de uma regra, o que se adaptaria melhor, segundo os autores, à prática do “distinguishing”, que envolveria análise de elementos não disponíveis na concepção de precedente como regra.

O terceiro modelo – referido por Zenon Bankowski como “modelo da analogia particular”, e que também seria comum entre os americanos – entende que o precedente é todo o caso, e não apenas as regras que dele podem ser extraídas ou os princípios em que a decisão possa estar baseada. Nessa acepção, “cada caso é tratado como um exemplo de decisão acertada, considerados todos os fatos, servindo então de modelo aos casos subsequentes” (p. 331).

A cada uma dessas acepções pode ser associada uma forma específica de raciocínio jurídico: ao precedente como regra caberia, principalmente, um raciocínio por dedução, de natureza subsuntiva, em que o precedente operaria como premissa maior; ao precedente como princípio caberia um raciocínio por abdução, em que o precedente participaria como hipótese normativa a ser confrontada com os dados; e ao precedente

como caso caberia o raciocínio indutivo, do particular para o particular, por meio da analogia.

Qualquer que seja a acepção, parece claro que o precedente não se confunde com o texto da decisão, ou seja, que a configuração do precedente exige um esforço analítico e interpretativo de retirar da decisão (ou de atribuir à decisão) um elemento significativo a ser apropriado em casos futuros. A esse “elemento significativo” – central à doutrina dos precedentes – dá-se comumente o nome de *ratio decidendi* ou de fundamentos determinantes da decisão⁹⁵.

4.2 O conceito de *ratio decidendi* (e de *obiter dicta*)

Como se observou na seção anterior, parece relativamente disseminada a ideia de que a formação do precedente está relacionada aos fundamentos determinantes da decisão. Os problemas surgem exatamente quanto se começa a investigar 1) o que é essa “porção do precedente” e 2) como encontrá-la no precedente.

Bustamante (2007) refere que o conceito de *ratio decidendi*, concebido originariamente no âmbito da tradição do *common law*, é muito ambíguo. A partir de um levantamento realizado por Pierluigi Chiassoni, o autor identifica 11 acepções diferentes para o termo:

- i) o elemento da motivação que constitui uma premissa necessária para a decisão de um caso;
- ii) o princípio de direito que na sentença é suficiente para decidir o caso concreto;
- iii) a argumentação necessária ou suficiente para definir um juízo;
- iv) a norma (‘regra’, ‘princípio’) que constitui, alternativamente: a condição necessária e suficiente, ou a condição não necessária mas suficiente, ou ainda uma condição necessária mas não suficiente de uma determinada decisão;
- v) a norma relevante para os fatos da causa, à luz de uma análise textual do precedente-sentença, que o juiz tenha de fato estabelecido e/ou seguido;
- vi) a norma relevante para os fatos da causa que o juiz do caso paradigmático declara expressamente ter estabelecido e/ou seguido;
- vii) a norma expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como necessária para decidir o caso;

⁹⁵ Para efeito deste texto, “*ratio decidendi*”, “razão de decidir”, “fundamentos determinantes”, “motivos determinantes” e “*holding*” serão usados como expressões sinônimas. Esta é a posição de Marinoni (2013, 2015) e de boa parte da literatura compulsada, mas não é a posição de Mello (2008), para quem há distinções relevantes entre os termos.

- viii) a norma relevante para os fatos da causa que – à luz do direito existente, dos atos e dos precedentes – o juiz que tenha pronunciado a decisão paradigmática tenha devido estabelecer e/ou seguir, para decidir corretamente a controvérsia;
- ix) a norma relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente tenha acreditado haver estabelecido;
- x) a norma relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente tenha de fato estabelecido ou seguido;
- xi) a norma relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião dos juristas, o juiz posterior tenha o dever de considerar como estabelecida ou seguida por um juiz precedente (BUSTAMANTE, 2007, pp. 229-230).

Streck, Raatz e Morbach (2019, p. 321-322), por sua vez, reportam a classificação proposta por Melvin Eisenberg, para quem haveria três abordagens principais para *ratio decidendi*: a abordagem minimalista (“a norma enunciada na sentença precedente e que foi necessária à decisão”), a abordagem focada no resultado (“a proposição segundo a qual, com base nos fatos do precedente, deveria ser alcançado o resultado do precedente”) e a abordagem declaratória (“a regra que o precedente exprime na medida em que seja relevante para as questões levantadas pela controvérsia diante do juiz”).

Marinoni (2013) informa que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada a partir de dois pontos: “um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso” (p. 189-190). À primeira posição, a que denomina “método fático”, Marinoni associa a definição de Goodhart, para quem a *ratio decidendi* é “determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz” (p. 187); à segunda posição, o “método normativo”, o autor associa a definição de Wambaugh, segundo o qual “*ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma” (p. 186).

No caso brasileiro, em que os precedentes têm natureza “interpretativa”, prevaleceria o método normativo, ou seja, a *ratio decidendi* assumiria o caráter de regra, mais do que o de moldura fática que se pode extrair da decisão. Essa seria, particularmente, a situação das decisões das cortes superiores, que não discutem mais a materialidade e a autoria do caso, e limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, especialmente no contexto do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo. Nas palavras de Marinoni (2013):

Não há dúvidas de que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isso, muitas vezes terão de ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos subsequentes. **Entretanto, a peculiaridade desses precedentes é a de que as suas “razões de decidir” são assimiláveis exclusivamente a partir das razões de direito dadas pela Corte ao decidir.** (p. 210-211, grifos meus)

A observação é ainda mais verdadeira para os precedentes de controle concentrado de constitucionalidade, que não analisam casos individuais e concretos.

Os problemas não se resumem, porém, à natureza – fática ou normativa – da *ratio decidendi*. Marinoni (2013) também reporta a controvérsia sobre quem define a *ratio decidendi*: “se o órgão que institui o precedente ou se aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em mãos para julgamento” (p. 191)⁹⁶. Ao primeiro caso, o autor associa – a partir de Julius Stone – o conceito de *ratio decidendi* descritiva; o segundo, o autor refere como *ratio decidendi* prescritiva (p. 191).

Marinoni (2013) também menciona que, nos casos é que construída retrospectivamente, a *ratio decidendi* pode ser mutável. O autor menciona a “formação paulatina da *ratio*”, situação em que “julgamentos posteriores agregam conteúdo a uma anterior *ratio decidendi*, dando-lhe outra conformação” (p. 204).

Outro ponto importante é o grau de explicitude da *ratio*. Marinoni (2013) refere a definição proposta por Rupert Cross, segundo o qual “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito **expressa** ou **implicitamente** tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar sua conclusão” (p. 191, grifos meus). A *ratio decidendi* não precisaria, pois, figurar na superfície da decisão, e poderia estar subentendida ou pressuposta – como premissa oculta – no percurso argumentativo desenvolvido pelo juiz, o que, evidentemente, dificulta sua identificação.

Marshall (2016), por sua vez, expande a dicotomia explícito/implícito para acomodar uma terceira possibilidade: afirma que a *ratio decidendi* pode estar (1) explicitamente reconhecida como tal na decisão; (2) explícita, mas não reconhecida como tal na decisão; e (3) implícita na decisão. E, na medida em que esse processo de reconhecimento pode ser operado tanto pelo juiz do caso originário como pelo juiz do

⁹⁶ Exponente dessa última posição é Tucci (2013), para quem “a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta” (p. 123)

novo caso, o autor admite seis possíveis definições para o conceito de *ratio decidendi* (p. 506-507).

Outro debate concerne à *ratio* como elemento “necessário” ou “suficiente” para a decisão. A definição de Rupert Cross, já referida, retoma a perspectiva de Wambaugh, segundo a qual a *ratio* seria uma condição sem a qual não haveria a decisão; essa noção de “necessidade”, particularmente pelo risco de associação à ideia de “causalidade”, foi problematizada por Brian Simpson e, posteriormente, por Neil MacCormick, que a substituíram pela noção de “suficiência”.

É nessa perspectiva que MacCormick (2008) define *ratio decidendi* como “uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e **suficiente** para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso” (p. 203, grifos meus). O autor admite, porém, que, a partir de sua definição de *ratio decidendi* como justificação “suficiente”, uma decisão pode conter várias *rationes decidendi*:

numa Corte de Apelações, com vários juízes, pode haver várias *rationes*, e se os juízes produzem votos concorrentes ou dissidentes, diferentes juízes podem tomar diferentes linhas mesmo que em favor da mesma decisão concreta entre as partes do caso. Em alguns casos, muitos juízes podem convergir numa opinião majoritária comum. Em outros, pode ser possível construir uma única solução composta, enquanto produto lógico das muitas *rationes* dos juízes. Em outros, ainda, não haverá uma *ratio* comum de um caso julgado por um tribunal colegiado. (p. 203)

A questão introduz o problema de múltiplas razões de decidir. Segundo Marinoni (2013), a existência de mais de uma *ratio decidendi* é motivo de debate nos países de *common law*: “se um julgado pode se fundar em várias *rationes*, o juiz pode definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e consideradas pelas partes e advogados” (p. 198). Na tentativa de limitar esse poder criativo do juiz, a tradição parece admitir duas *rationes* apenas quando “cada uma é considerada necessária ou suficiente para se chegar à solução do caso [pois] não se pensa em duas *rationes* quando há decisões contrapostas” (p. 199).

No entanto, Marinoni (2013) também afirma que “[n]o sistema brasileiro, em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso” (p. 202). O autor reconhece, pois, que

pode haver tantas *rationes decidendi* quantas forem as questões (preliminares ou de mérito) abordadas em uma decisão.

Também essa é a posição de Macedo (2014), que afirma que

Não há razão, no sistema jurídico brasileiro, para impedir a formação de mais de uma *ratio decidendi* em um mesmo processo, visto que a cumulação de ações é tema amplamente estudado e compreendido no ordenamento pátrio. Negar essa possibilidade, encartada na legislação processual pátria, é descartar todo o trabalho dos juízes, sem qualquer razão plausível, eliminando as vantagens do *stare decisis* quanto à parte da decisão que não for eleita como formadora de norma pelo juiz subsequente (p. 313)

A existência de mais de uma *ratio decidendi* expande o problema para o conceito de *obiter dictum*, ou “argumento de passagem”, a que se chega por exclusão. O par reproduziria, em larga medida, as oposições antitéticas entre o principal e o acessório, o necessário e o contingente, o essencial e o incidental. No sistema de *common law*, segundo Marinoni (2013), trata-se da separação “do que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial” (p. 193).

A separação, porém, é problemática.

Segundo Neil Duxbury, citado por Marinoni, “as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir” (p. 194). Para MacCormick (2008), argumentos principiológicos e consequencialistas, porque nunca suficientes para uma decisão, também constituiriam *obiter dicta* (p. 203).

Marinoni (2013) também refere a distinção entre “questões dependentes” e “questões independentes” proposta por Rupert Cross, o que conduziria à ideia de um *continuum* mais do que à de oposição binária entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

Para Bustamante (2007), a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é vestígio da tradição positivista que procurava limitar a autoridade judicial, e está amparada no dogma de que há, em cada decisão, apenas uma *ratio decidendi*, que teria caráter sempre vinculante. A partir de Svein Eng, o autor recomenda um abrandamento dessa “forma dicotômica de pensar o precedente judicial”:

Não parece correto que ou uma regra extraída da fundamentação de uma decisão é uma norma absolutamente vinculante, ou um mero *obiter dictum* que não possui qualquer autoridade. A tese de que essas duas alternativas são exaustivas não encontra

ressonância nem na prática jurídica e nem na história do direito (p. 225).

A complexidade do conceito de *ratio decidendi* – e as dificuldades de separá-lo dos *obiter dicta* – parece convidar à sua desconsideração, pois não seria possível identificar, em uma decisão, de forma categórica, a “razão de decidir”⁹⁷: os fundamentos determinantes estariam envolvidos em uma vagueza conceitual que tornaria inócua qualquer tentativa de extração. Se essas razões podem ser explícitas ou implícitas, se podem ser originárias ou derivadas, se podem ser singulares ou plurais, se podem ser afirmadas prospectiva ou retrospectivamente, se podem estar associadas diretamente ou não à solução do caso, se podem ser fixas ou mutáveis, qualquer esforço de separação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* estaria fadado ao arbítrio e à discricionariedade.

Essa é a razão que, segundo MacCormick (2008), leva Julius Stone a se referir a *ratio decidendi* como uma “categoria de referência ilusória”, ou seja, como uma das “formas de expressão que sistematicamente nos enganam porque transmitem uma ilusão de estabilidade e certeza jurídicas enquanto a realidade jurídica está em processo de mudança” (p. 194).

No entanto, esse ceticismo teórico pouco contribui para a satisfação do comando previsto no art. 489, § 1º, V, do CPC:

Art. 489
 § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
 V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus **fundamentos determinantes** nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 (grifos meus)

Segundo a lei, é preciso identificar os “fundamentos determinantes” de um precedente para que as decisões possam se vincular a ele. Sem a definição da *ratio decidendi*, não se consegue “compreender racionalmente o precedente”⁹⁸; não se consegue retirar, do precedente, nenhuma norma cogente; não se consegue fundamentar a decisão, que, por isso, seria nula de pleno direito.

⁹⁷ Segundo Macedo (2014), essa seria a posição de Herman Oliphant, realista norte-americano da primeira metade do século XX, segundo quem “procurar *rationes decidendi* é uma empresa fadada ao insucesso, especialmente porque as razões da decisão não são verdadeiramente expostas e não obrigam, por sua carência de formatação, a decisão dos juízes posteriores” (p. 306)

⁹⁸ MARINONI, 2013, p. 185.

O problema, no entanto, parece ser mais teórico do que prático. Como salienta Hart (1994), “não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotado de autoridade funciona como autoridade, e, nada obstante, na vasta maioria de casos decididos há muito poucas dúvidas” (p. 147-148). Marshall (2016) vai na mesma direção: “advogados experientes, tanto profissionais quanto acadêmicos, são perfeitamente capazes de lidar com todas essas situações, e as muitas variantes que podem surgir, e de implementar um sistema coerente de precedentes”⁹⁹.

A questão é se essa prática (intuitiva?) de extração da *ratio decidendi* é válida e pode ser aceita sem reservas. Nas palavras de MacCormick (2008):

Como sempre, a questão não é se devemos ter ou não uma teoria [do precedente]; a questão é apenas se devemos ter uma teoria articulada, bem pensada e, de preferência, correta, ou se podemos ficar contentes com uma teoria implícita, inarticulada e provavelmente incorreta (p. 194).

Qualquer que seja o caso, o problema nos conduz a uma outra questão: como extrair, de uma decisão, particularmente de uma decisão plural, a *ratio decidendi*?

4.3 A extração da *ratio decidendi*

A doutrina parece convergir em torno do fato de que a *ratio decidendi* não se confunde com o texto do precedente. MacCormick (1987) afirma, por exemplo, que “a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer elemento da decisão da qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei” (p. 165). É também a posição de Marshall (2016), para quem “a força ou autoridade do precedente não pode ser atribuída à decisão como tal, mas apenas a alguma descrição, extraída da decisão, do que ocorreu e do que foi decidido”¹⁰⁰. E Marinoni (2013) afirma que “o texto da decisão, seja o relatório, a fundamentação ou o dispositivo, não se confunde com a *ratio decidendi* ou norma do precedente” (p. 223).

⁹⁹ No original: “Experienced lawyers, both practitioners and academics, are perfectly able to handle all these situations, and the many variants on them that may arise, and to implement a coherent system of precedent” (p. 513, tradução minha)

¹⁰⁰ No original: “where any degree of authority is allotted to them the force or authority in question cannot attach to the decision or precedent as such but only to some description of what has occurred and what has been decided that is extracted from the decision” (p. 505)

Se há convergência de que a *ratio decidendi* é o resultado da interpretação do texto do precedente, não há nenhuma convergência sobre como deve ser feita essa interpretação. Macedo (2014) reporta que Karl Llewellyn, a partir de entrevistas com juízes norte-americanos, teria identificado 64 formas de se extrair uma *ratio decidendi* de uma decisão (p. 308).

O problema é tanto mais complexo quando se considera a perspectiva de decisões colegiadas. A maior parte dos exemplos analisados em Marshall (2016), MacCormick (2008) e Marinoni (2013) referem-se, ou a decisões de juízos singulares, ou a decisões de tribunais que operam um modelo deliberativo *per curiam*. Em ambos os contextos, a dispersão é contida.

Silva (2015) observa que, na maior parte das decisões, também essa é a prática no STF: há pouca divergência na maioria dos casos. No entanto, o autor salienta que, nas grandes decisões, a realidade é outra: é comum que os ministros levem votos prontos para a sessão de julgamento, e que se produzam decisões com elevado número de votos divergentes (p. 210-211).

Coloca-se, então, o problema de como extrair a *ratio decidendi* nessas situações.

Marinoni (2013) propõe, como estratégia para extração da *ratio* em decisões colegiadas, os critérios da abrangência da discussão e da concordância da maioria:

As razões ou fundamentos só adquirem tal relevância quando discutidos por todos os integrantes do colegiado e adotados pela maioria de seus membros. [...] Não seria preciso dizer que os fundamentos determinantes têm que ser adotados ou referendados pela maioria, uma vez que o fundamento acolhido pela minoria obviamente não é capaz de gerar qualquer precedente ou *ratio decidendi*. Na verdade, mais do que adotado pela maioria, o fundamento, para adquirir feição de *ratio decidendi*, deve ter sido discutido por todos os julgadores, ou melhor, deve ter sido explicitamente colocado à discussão de todos os membros do colegiado (MARINONI, 2013, p. 236)

Pronunciamentos de passagem, fundamentos que não tenham sido discutidos por todos os membros do colegiado, e os que digam respeito a pedido não formulado ou a causa de pedir não invocada seriam, na acepção de Marinoni, *obiter dicta* (p. 228)

Para subsidiar sua posição, Marinoni (2013) cita artigo do anteprojeto de CPC então em tramitação no Congresso, em que era sugerida a seguinte redação para o atual art. 927:

§3º. O efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo [sistema de precedentes] decorre dos fundamentos

determinantes do acórdão adotados pela maioria dos membros do colegiado.

§4º. Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo [ou seja, não têm força vinculante]:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem **imprescindíveis** para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido **adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador**. (p. 183, grifos meus)

Embora esses dispositivos não tenham sido recepcionados pelo legislador, que adotou outra redação para o art. 927, parece clara a exigência de um critério qualitativo (imprescindibilidade) e quantitativo (maioria) para a configuração da *ratio decidendi*.

Também Mello e Barroso (2016) referem critérios qualitativos (necessidade ou adequação) e quantitativo (maioria):

Em tribunais em que a definição da decisão se dá pela votação em série é preciso identificar qual foi a posição adotada pela maioria dos julgadores sobre tais aspectos [os fatos relevantes, a questão jurídica posta em juízo, os fundamentos da decisão, a solução determinada pela corte]. Com base nestas considerações, afirma-se que a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como **a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria**. (p. 22, grifos meus)

No entanto, essa perspectiva impõe um problema para as chamadas “decisões plurais”. Marinoni (2015) afirma que “quando nenhum dos fundamentos é sustentado pela maioria do colegiado, simplesmente não há *ratio decidendi* ou precedente”.

Trata-se de posição radical, mas Marinoni não está sozinho. Tucci (2004) afirma que “[q]uando a fundação divergente [no caso de votos convergentes no dispositivo e divergentes na motivação] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, *não vinculante* no que concerne à solução dada ao caso” (p. 178, grifos do autor). Esta também é a posição de James Louis Montrose: “em uma corte de cinco juizes, ‘não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três juizes pronunciem a mesma *ratio decidendi*”¹⁰¹; e de Margaret Kniffin, para quem “as decisões da Suprema Corte em que os juizes concordam com um único resultado por diferentes razões têm reduzido valor como precedente”¹⁰².

¹⁰¹ Citado por Bustamante (2007), p. 237.

¹⁰² Citada por Marinoni (2013), p. 200.

Seguida à risca, essa orientação esvaziaria de autoridade o resultado do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que, como vimos, não possui nenhum argumento que tenha sido adotado e referendado pela maioria.

O argumento que mais se aproxima dessa condição – o de que a execução da pena antes do trânsito em julgado ofende a vontade do legislador – foi adotado por 5 dos 6 ministros que votaram pela constitucionalidade estrita do art. 283 do CPP. Embora se possa inferir que Ricardo Lewandowski, o único ministro do lado vencedor que se calou sobre o tema, subscrevesse essa posição, o argumento não foi por ele discutido, assim como não o foi por nenhum dos cinco ministros vencidos, à exceção de Luiz Fux que menciona, mas de passagem, que “a *voluntas legislatoris*, além de insondável, revela-se inócua para a interpretação do texto” (p. 231).

De qualquer forma, ainda que o argumento da interpretação autêntica pudesse ser adjudicado, como implícito, ao voto de Ricardo Lewandowski, seria temerário afirmar que a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP se deu para respeitar a vontade do legislador. Nos votos de Marco Aurélio e Celso de Mello, o argumento possui caráter periférico. E mesmo entre os ministros que o mobilizaram com alguma profundidade, o argumento jamais ocupou uma posição central na argumentação, que sempre contou com outras múltiplas razões, igualmente ou mais elaboradas.

Parece pouco razoável, portanto, propor a “vontade do legislador” como única *ratio decidendi* das ADCs 43, 44 e 54.

Tampouco os outros argumentos mais repertoriados satisfazem as condições propostas. O tema da interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, embora discutido em 8 votos, dividiu os ministros: 4 afirmaram a univocidade do dispositivo, contra 4 que afirmaram sua plurivocidade. O tema do direito comparado foi objeto de análise por 7 ministros, que também divergiram radicalmente: 4 apontaram sua improcedência, contra 4 que afirmaram sua pertinência. O tema do estatuto jurídico da culpa foi discutido por 6 ministros, metade dos quais defendeu que se restringiria à instrução criminal, contra metade que sustentou que a definição da culpa dependeria de matéria de direito a ser discutida em instâncias superiores. O tema da direção da interpretação constitucional também foi objeto de análise de 6 ministros, e opôs garantistas (3) a consequencialistas (3). Nenhum outro tema foi discutido pela maioria dos ministros.

Dada a diversidade de argumentos e de posicionamentos, e a ausência de um denominador jurídico comum que possa ser utilizado como ponto de convergência da decisão, parece evidente que a *ratio decidendi*, no caso, não pode ser determinada, pelo menos não a partir dos critérios que foram elencados, o que nos remete ao problema da eficácia da decisão.

4.4 Da eficácia das decisões com *ratio decidendi* indeterminada

Como salientado, é posição de parte importante da doutrina que “quando nenhum dos fundamentos é sustentado pela maioria do colegiado, simplesmente não há *ratio decidendi* ou precedente”¹⁰³.

Esta, aliás, parece ser também a posição de Edson Fachin em relação à decisão tomada no âmbito do HC 84.078:

No entanto, apesar do debate intenso que fundou a decisão do HC 84.078/MG e da alteração do texto legal que lhe seguiu – que, a rigor, pouco difere do art. 105 da LEP-, **a questão não parece ter sido decidida com a força – e a resignação – que natural ou impositivamente decorre de um efetivo precedente** (p. 68, grifos meus)

E esta a posição do Partido Ecológico Nacional, requerente na ADC 43, em relação à decisão do HC 126.292. Nas palavras do relator, Marco Aurélio:

[O requerente] destaca que **a decisão proferida no referido habeas corpus não possui efeito vinculante nem firma regra geral quanto ao tema**, mas vem repercutindo no sistema judicial brasileiro. Salienta a surpresa causada pelo precedente, considerada a carência de prévio debate com entidades e profissionais atuantes na esfera do Direito criminal (p. 7-8, grifos meus).

Embora Fachin associe a efetividade de um precedente à “força” da argumentação e à “resignação” dos vencidos, e o PEN pareça advogar que precedentes emergem de “prévio debate” com a comunidade jurídica, parece ser convergente, entre os ministros, a posição de que as decisões anteriores tomadas pelo STF – incluídos os HCs – tinham, sim, força de precedente:

Marco Aurélio: “na esteira do precedente firmado no habeas corpus nº 126.292” (p. 10);

¹⁰³ MARINONI, 2015.

Alexandre de Moraes: “tal como dimensionada por esta Suprema Corte no citado precedente (HC 84078/MG)” (p. 158)
 Luiz Fux: procedeu-se a um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência (p. 232);
 Etc.

Na prática, parece haver, portanto, pouca dúvida de que as decisões anteriores do STF sobre o tema, embora plurais, constituíram “precedentes”. A atribuição subscreve a tese de que autoridade dos julgados não seria resultado de sua recorrência ou do seu reconhecimento por juízos posteriores, mas adviria da própria lei, que determina que as decisões do STF devem ser observadas por juízes e tribunais (art. 927, CPC). O caráter paradigmático das decisões não derivaria do percurso argumentativo, da justificação, da correção, da razoabilidade, ou de qualquer outro critério discursivo ou de controle de racionalidade, mas sobreviria como consequência da dimensão institucional e autoritativa do direito. Os precedentes – pelo menos no senso comum jurídico brasileiro, e contra boa parte da doutrina sobre os precedentes – já nasceriam precedentes, e independeriam da identificação dos fundamentos determinantes da decisão.

Esta parece ser, em certa medida, a posição de Macedo (2014), que dissocia a formação do precedente da construção da *ratio decidendi*:

Para a formação do precedente com potencialidade normativa basta a decisão judicial estável e publicada, já para a construção da *ratio decidendi* é indispensável a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes, requerendo um mínimo de uniformidade e clareza na fundamentação. (MACEDO, 2014, p. 2)

O autor faz referência a Neil Duxbury, que afirma que mesmo decisões plurais constituiriam precedente obrigatório, ainda que não se pudesse retirar delas nenhuma norma jurídica:

Outra hipótese de precedentes sem *ratio* se dá nos casos de julgamento colegiado, quando a decisão alcançada se dá em determinado sentido, por maioria ou unanimidade, mas, ainda assim, inexistente um fundamento predominante. É dizer, embora os juízes alcancem o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes, o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir deste tipo de decisão. Assim, mesmo obrigatório o precedente, quando a decisão for tomada sem um consenso mínimo quanto às suas razões, não se forma a sua norma, já que é impossível coligi-la de forma não arbitrária (p. 11).

Sob este ângulo, o resultado das ADCs constituiria um precedente de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores, que não poderiam, pois, proceder ao início

da execução da pena pendente de recurso especial ou extraordinário. O precedente poderia ser associado à própria ementa do acórdão, que, de forma sintética, enuncia a tese jurídica (é constitucional o artigo 283 do CPP) e seu fundamento jurídico (o art. 5º, LVII, da Constituição Federal):

Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (BRASIL, 2020, p. 2)

O problema com esse enunciado – o art. 283 do CPP é constitucional porque está conforme ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal – é que se perde exatamente o ponto da discussão e eixo em torno do qual se desenrola boa parte da argumentação: o alcance da garantia da presunção da inocência. No contexto da decisão, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal não constitui uma razão necessária ou suficiente – em uma palavra: uma *ratio decidendi* – para justificar essa decisão exatamente porque são muitas as interpretações propostas para o princípio. O fundamento jurídico não guarda, pois, uma relação de necessidade lógica ou de suficiência argumentativa com a tese jurídica declarada na conclusão¹⁰⁴.

A questão que emerge, portanto, é qual parte dessa decisão – que não teria, pois, uma *ratio decidendi* determinada – tem efeito vinculante.

Para Mello e Barroso (2016), “o teor vinculante do precedente corresponderá à tese firmada no julgamento”, que “não se confunde com os fundamentos da decisão” (p. 46). Os autores sustentam que, segundo o art. 988, do CPC, apenas “a aplicação indevida da tese jurídica” ensejaria reclamação¹⁰⁵. O instituto da reclamação delimitaria, pois, a eficácia do efeito vinculante do precedente: onde não cabe reclamação, não há precedente.

¹⁰⁴ Este, aliás, o problema comum às ementas dos acórdãos, normalmente utilizadas como referência para os julgados. A ementa do acórdão referente ao HC 84.078, por exemplo, traz apenas alguns dos fundamentos apresentados pelo relator no corpo de seu voto e ignora todos os demais argumentos, mesmo os favoráveis, desenvolvidos pelos demais membros da Corte; a ementa do HC 126.292 é ainda mais vaga: além da denegação da ordem, traz apenas a tese jurídica fixada (a possibilidade de execução antecipada da pena), sem nenhuma fundamentação.

¹⁰⁵ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
 III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem **a aplicação indevida da tese jurídica** e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Esta posição é criticada por Streck, Raatz e Morbach (2019), que denunciam que o conceito de precedente como “tese jurídica”, bem como sua separação dos fundamentos da decisão, não encontra raízes na tradição da *common law* e de toda a investigação doutrinária que em torno dela se constituiu. Tratar-se-ia, segundo os autores, de “falsos precedentes”, e sintoma do grau de incipiência e do “abismo entre as considerações teóricas a respeito do tema e sua incorporação na prática judicial brasileira” (p. 319).

A maior parte dos autores compulsados parece se alinhar a essa visão. Para MacCormick, por exemplo: “é nas razões que os juízes dão para justificar as suas decisões que devem ser buscados os precedentes”¹⁰⁶; segundo Bernal Pulido: “É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas”¹⁰⁷; e Clève afirma que “[o] efeito vinculante das decisões judiciais – mesmo quando previsto no seu grau mais elevado, por força de uma norma jurídica do sistema – se estende para além da parte dispositiva, alcançando também a fundamentação da sentença”¹⁰⁸.

Também parece ser esta a tese que prevalece na maior parte dos tribunais constitucionais:

Em muitas das cortes constitucionais que prolatam decisões vinculantes em matéria constitucional, as decisões possuem efeito vinculante não apenas na parte dispositiva, mas também na sua fundamentação. Isso acontece inclusive no direito comunitário europeu, quanto às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. (BUSTAMANTE, 2007, p. 223)

E o próprio ministro Edson Fachin, em seu voto no acórdão, afirma que

A partir das razões de decidir dos precedentes citados pela Corte Interamericana, é possível depreender que é à luz da rica jurisprudência da Corte Europeia que o alcance da presunção de inocência é delimitado (p. 81, grifos meus).

No entanto, Marinoni (2013) reporta que, no direito brasileiro, discute-se ainda se a eficácia vinculante é restrita à parte dispositiva ou se alcança também os motivos determinantes da decisão. O autor analisa o caso do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente a Reclamação 1.987, em que o ministro Gilmar Mendes, a partir do direito alemão, desenvolve o conceito de “eficácia transcendente da

¹⁰⁶ Citado por Bustamante (2007), p. 236.

¹⁰⁷ Citado por Bustamante (2007), p. 236.

¹⁰⁸ Citado por Bustamante (2007), p. 239.

motivação”: “se a norma constitucional X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma constitucional Z, porém substancialmente idêntica a X, exige a aplicação das razões Y” (p. 221)¹⁰⁹.

Marinoni (2013) subscreve esta posição, na medida em que afirma que a decisão de (in)constitucionalidade apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos cidadãos, quando considerada a partir da sua *ratio decidendi*:

Para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de inconstitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes. Se não for assim, em caso de decisão de inconstitucionalidade não haverá sequer razão para falar em precedente. Só há sentido pensar em *ratio decidendi* ou precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares. Daí porque **o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la** (p. 212, grifos meus).

Sem *ratio decidendi*, simplesmente não há precedente: há súmula, há enunciado interpretativo, há jurisprudência uniforme, que pertencem a outro quadro teórico.

Para dar concretude ao princípio de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira, é necessário atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, isolando-se, em outras palavras, a sua *ratio decidendi*. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante da fundamentação, eis a realidade que se impõe diante da imprescindibilidade de preservar e proteger a igualdade diante da jurisdição e a força normativa da Constituição” (MARINONI, 2013, p. 227)

Admitida, porém, essa hipótese, o que resta é aporia: nos termos do art. 927, I, do CPC, que atribui estatuto de precedente vinculante às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a decisão das ADCs é um precedente; no entanto, nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC, que obriga a identificação dos fundamentos

¹⁰⁹ Na Reclamação, ajuizada pelo Governador de São Paulo e julgada em 2003, o reclamante alegou desrespeito aos fundamentos que o STF tinha adotado para pronunciar a inconstitucionalidade de instrução normativa do TST 11/1997 (ADI 1.662). No julgamento do caso, o plenário se dividiu (5 a 4), mas saiu vitoriosa a tese de que, além do dispositivo, os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade têm força obrigatória. Segundo Mello e Barroso (2016), esse entendimento teria sido revisto no julgamento da Reclamação 4.219. Embora o julgamento não tenha chegado ao fim, dada a perda de objeto por morte do reclamante, foram proferidos cinco votos (contra quatro) que “sinalizar[am] a inclinação da Corte no sentido de abandonar o entendimento originalmente afirmado na Reclamação 1.987” (p. 30)

determinantes para se invocar um precedente, a mesma decisão não pode ser usada como precedente, porque não há, no caso, fundamentos determinantes convergentes.

O corolário dessa insuficiência será, evidentemente, a esterilidade da decisão. Embora eficaz como precedente vertical, dada sua força normativa e a estrutura hierárquica de administração da Justiça, a sentença tende a conservar a mesma fragilidade persuasiva e a provocar a mesma irresignação que Edson Fachin associa ao HC 84.078. Seu papel como precedente horizontal – ou seja, como fonte de uma norma universalizável que pudesse ser apropriada em outras decisões do próprio STF – será muito limitado, como de resto o foram todas as inflexões jurisprudenciais do Tribunal relativas ao mesmo tema, derivadas de decisões, como esta, caracterizadas por intensa dispersão argumentativa.

A decisão, enfim, não resolve a questão.

4.5 À guisa de solução

A dispersão dos votos parece ser encarada na doutrina, principalmente, como problema institucional, derivado da estrutura decisória dos tribunais, mais do que da cultura jurídica e da própria natureza do direito. As soluções compulsadas quase sempre se voltam para um redesenho do processo deliberativo das cortes superiores.

Mazzola e Vale (2021), que fazem um recenseamento das práticas adotadas pelos tribunais de Justiça dos vários estados da Federação, observam que os TJs vêm adotando sistemas de solução de divergências quantitativas, relativas a discrepâncias no cálculo do *quantum* indenizatório, e qualitativas, relativas a desacordos no provimento. No primeiro caso, os autores citam os métodos da média aritmética e da continência; no segundo, os métodos da supervotação, da opção coata e da exclusão¹¹⁰. Os autores reportam, porém, que não há mecanismos para a solução de divergências de fundamentos.

Também o Superior Tribunal de Justiça tem procurado enfrentar a questão. O STJ alterou seu regimento interno para estabelecer, em algumas hipóteses, a necessidade de

¹¹⁰ MAZZOLA, VALE, 2021. Os autores definem o método da média aritmética como a média aritmética simples do *quantum* indenizatório proposto pelos magistrados; o método da continência dispõe que os votos devem ser alocados em ordem decrescente de valores, de modo a se verificar qual deles obtém a maioria primeiro; o método da supervotação prevê a ampliação do colegiado, com a convocação de outros magistrados; o sistema da opção coata prevê que os partidários das correntes minoritárias deverão aderir a uma das posições majoritárias; e o método da exclusão consiste em fazer votações sucessivas, até que subsista apenas uma posição majoritária.

se fixarem “os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida”. Por meio da Emenda Regimental nº 24, o Tribunal passou a prever “etapas diferentes de deliberação”, mas não detalhou de que forma as decisões plurais poderiam ser uniformizadas¹¹¹.

Marinoni (2015) sugere uma especialização das cortes superiores: a Corte Suprema seria responsável por definir o sentido do direito, ao passo que as cortes de correção julgariam casos concretos em esfera recursal. Dessa especialização resultaria a distinção entre precedente (exclusivo da Corte Suprema) e decisão de recurso (sem efeito vinculante), já que as cortes de correção não se importariam com os fundamentos, mas apenas com a conclusão do julgamento. Na Corte Suprema, por outro lado,

os fundamentos objeto da decisão devem ser delimitados no início do julgamento não só para que todos os juízes efetivamente dialoguem, mas para que discussões impertinentes, ditas *obiter dicta*, não ocorram. Se o desempenho da função da Corte depende da proclamação do fundamento, é preciso que todos os membros do colegiado discutam os fundamentos e que seja proclamado não apenas o resultado do julgamento, mas também a *ratio decidendi* e os eventuais fundamentos concorrente e dissidente (MARINONI, 2015).

Marinoni (2015) também sugere que os votos deixem de ser escritos antes das sessões de julgamento:

O relator deve propor um projeto de julgamento e convidar à discussão e não proferir uma decisão prematuramente justificada, que só pode convidar à adesão. Na verdade, não há qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar nem, muito menos, em justificar por escrito antes de decidir. É muito importante perceber a distinção entre decisão colegiada e ajuntamento de decisões individuais dos membros do colegiado. (MARINONI, 2015)

Macedo (2014), por sua vez, sugere a técnica de capitulação das decisões, na linha proposta por Cândido Rangel Dinamarco, que retira o conceito do direito processual

¹¹¹ Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:

I – os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;

II – a definição dos fundamentos determinantes do julgado;

III – a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;

IV – a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

§ 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa.

italiano¹¹². Tratar-se-ia da decomposição da sentença em partes úteis, dotadas de autonomia, principalmente quando existe cumulação de ações materiais, “ensejando que a justificação da decisão de cada um dos respectivos capítulos assuma *ratio decidendi* distinta” (p. 314).

Vale (2015) propõe um decálogo para tribunais constitucionais que prevê, entre outros, o compromisso com a unidade institucional (“manifestação institucional una e unívoca”¹¹³), com a colegialidade (corpo decisório unitário e despersonalizado¹¹⁴), com a cooperação (“debate cooperativo e não uma disputa adversarial”¹¹⁵), com a integridade dos resultados (fundamentação “íntegra” da decisão, composta de um único corpo argumentativo consistente e justificado¹¹⁶) e com a inclusividade e diversidade das razões (“não apenas as razões das partes processuais”¹¹⁷).

O modelo de decisão *per curiam*, adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos a partir de 1801, também é frequentemente citado como alternativa contra a dispersão dos fundamentos. O modelo privilegia a construção colegiada de uma única decisão (a chamada “opinion of the Court”), cuja redação é incumbida ao presidente do Tribunal (o “Chief Justice”), que consolida a posição do colegiado de juízes, falando por todos em uma só voz (“speak in one voice”). No entanto, e embora tenha conquistado adesões

¹¹² Marinoni (2015) também salienta que o próprio art. 939, do CPC, parece prestigiar a sistemática de votação questão por questão, na medida em que estabelece a necessidade de pronunciamento dos julgadores, em separado, sobre questões preliminares e de mérito.

¹¹³ “As deliberações devem ter como objetivo a produção de manifestação institucional una e inequívoca, fazendo com que o órgão colegiado do tribunal se dirija ao público externo como uma única e unívoca voz institucional” (p. 389)

¹¹⁴ “As deliberações devem fomentar o colegiado como um corpo decisório unitário que impede o desenvolvimento do individualismo e, com isso, contribui à despersonalização dos magistrados e à impessoalidade do órgão judicial” (p. 389)

¹¹⁵ “As deliberações devem se qualificar como um debate cooperativo e não uma disputa adversarial, no qual os participantes se compreendem não como oponentes, mas como partes de um grupo integrado que compartilha o mesmo objetivo de buscar soluções fundamentadas para as questões discutidas” (p. 389)

¹¹⁶ “As deliberações devem estar constantemente preocupadas com a integridade de seus resultados, o que pressupõe uma fundamentação íntegra para a decisão, a qual deve ser composta de um único corpo argumentativo internamente consistente e baseado em premissas coerentes e racionalmente justificadas” (p. 389)

¹¹⁷ “As deliberações devem ser inclusivas, incorporando não apenas as razões das partes processuais, mas também aquelas provindas de diversos setores sociais interessados ou afetados direta ou indiretamente pela decisão” (p. 389)

internacionais recentes, como a do próprio Reino Unido¹¹⁸, a técnica é criticada por envolver déficit de publicidade do processo decisório e por omitir ou mascarar divergências que podem vir a ter importância no processo de superação de precedentes.

Percebe-se, pelos exemplos referidos, que a solução para a dispersão de fundamentos se situa sempre no futuro, tem caráter prescritivo-normativo e envolve, em algum grau, uma reorganização, em nível institucional, das práticas deliberativas dos tribunais. São soluções que afirmam um “dever-ser” e que pressupõem, em certa medida, a possibilidade de se alcançar alguma homogeneidade no resultado do processo decisório por meio da regulação das práticas de decisão. Reconhecem, enfim, que as razões de decidir deveriam ser construídas de forma compartilhada, em uma interação efetiva, de forma que o resultado refletisse, não a opinião pessoal de cada juiz, mas a síntese das convergências e das divergências, com a indicação clara do fundamento prevalente para a decisão, a ser adotado como parâmetro para decisões futuras, vinculadas à posição institucional da Corte, pelo menos até que se verificassem as condições para a superação – sempre colegiada – do precedente.

Para os autores, o individualismo dos juízes, a ausência do diálogo e a falta de uniformidade de critérios e de convergência em relação aos fundamentos determinantes são fatores superáveis por uma reorganização da prática institucional. Enquanto ela não for empreendida, permanecerá o impasse quanto à existência (ou não) de um precedente de observância obrigatória e às formas de extração da *ratio decidendi* de decisões plurais.

O problema é que não existe, pelo menos não no curto prazo, nenhuma perspectiva de que haja alguma alteração substantiva no processo deliberativo do STF. Como já salientado, os próprios ministros do Supremo valorizam o dissenso, a pluralidade e a independência, que consideram traços intrínsecos ao regime democrático.

Diante desse quadro, restam, aos jurisdicionados, duas alternativas: a primeira, renunciar à busca por uma racionalidade argumentativa institucional (supraindividual) nas decisões plurais e aceitar que, nesses casos, estamos diante de uma versão brasileira de “precedente”, que se restringe ao dispositivo, que tem eficácia porque autoritativo (e não porque persuasivo), e que se confunde com a ideia de súmula vinculante, na medida

¹¹⁸ Segundo Vale (2014), o modelo de decisão *seriatim* corresponde à tradição dos órgãos judiciais colegiados do *Common Law*, como o *King's Bench*. O costume de proferir e publicar decisões na forma de *seriatim opinions* foi incorporado pela *House of Lords*, mas esse modelo sofreu algumas modificações em 2009, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*, que adotou uma prática de apresentação institucional do resultado de suas deliberações mais próxima dos modelos *per curiam*.

em que declara a norma, sem que seja necessária a referência à sua fundamentação; a segunda alternativa consistiria em admitir uma doutrina atenuada do precedente, no sentido dworkiniano, para reconhecer no precedente apenas o primeiro capítulo do “romance em cadeia”, que será reinterpretado e modificado a cada nova leitura pelos juízes obrigados a identificar, no caso, seus fundamentos determinantes, para que possa utilizá-los em suas novas decisões.

As duas estratégias são problemáticas e definem os polos extremos dessa discussão: de um lado, a concepção de *ratio decidendi* como tese jurídica fixa e determinada, dotada de vigência fática, que vincula, mas não convence, a jurisdição; de outro, a concepção de *ratio decidendi* como um significante aberto a tantos significados quantos ali possam ser atribuídos pelos intérpretes do caso que, em busca de uma aceitabilidade racional, poderão manipulá-lo em inúmeras (e nem sempre convergentes) direções, frustrando a própria razão de ser de um sistema de precedentes: a estabilidade e a economia de esforços.

O dilema sugere que talvez seja precipitada a adoção, pelo sistema jurídico brasileiro, de um regime de precedentes. Embora decisões plurais – como a que caracteriza a discussão da presunção da inocência – possam ser raras e iluminem pouco, elas permitem perceber a escuridão que ainda envolve a doutrina brasileira de precedentes.

É evidente que “a consistência no decorrer do tempo importa para o direito e importa para a justiça”¹¹⁹; mas é importante reconhecer que, como afirma Schauer (2013), os livros de lógica em geral tratam os argumentos derivados de precedentes como falácias, porque o fato de que alguém tenha chegado a uma conclusão no passado não diz nada a respeito de ser esta agora a conclusão correta (p. 57).

Se um bom sistema de precedentes, por sua flexibilidade, por seu caráter evolutivo e incremental, ao passo de pequenos ajustes, constitui, efetivamente, o depósito de “sabedoria do passado”¹²⁰, ele constitui também, principalmente quando imperativo, uma camisa de força, um compromisso com a conservação, uma forma de “atuar sem razão, para a exclusão explícita da razão e, por fim, em oposição à razão”¹²¹.

¹¹⁹ MACCORMICK, 2008, p. 208.

¹²⁰ MACCORMICK, SUMMERS, 2008, p. 1

¹²¹ Citação de Jeremy Bentham, referida por Schauer (2008). No original: “actuar sin razón, para la exclusión explícita de la razón y, por ende, en oposición a la razón” (p. 57)

Este trabalho não pretende e não pode pretender resolver essa tensão, que não encontra solução no quadro teórico aqui utilizado. É o próprio MacCormick (2008) quem reconhece que “boa parte dos escritos sobre precedentes não prestaram suficiente atenção aos pré-requisitos para uma teoria da justificação jurídica bem articulada” (p. 192-193). Mas parece claro que boa parte dos problemas associados à utilização de precedentes deve-se, em larga medida, à tentativa de recusar, ao direito jurisprudencial, as mesmas categorias interpretativas que são asseguradas ao direito legislado.

Parece evidente, por exemplo, que a definição da *ratio decidendi* será sempre uma empresa meta-argumentativa, de natureza eminentemente interpretativa. A definição da *ratio* se faz pela argumentação, e seu controle deve ser feito “mediante um processo de concretização, interpretativo e colaborativo, que não pode ser enlaçado por critérios metodológicos *a priori*”¹²².

Marinoni (2013), por exemplo, afirma que “a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra” (p. 185). A definição reproduz a metáfora que toma a fundamentação da decisão como o espaço lógico no qual deve ser buscada a *ratio decidendi*. A questão, porém, é que a *ratio decidendi* não está “contida” ou “localizada” na decisão, no sentido de que é dela uma parcela, uma região logicamente identificável e delimitável. Por esse motivo, jamais poderá ser dela “extraída”.

O precedente, como a lei, é um “texto dotado de autoridade que carece de interpretação”¹²³. A *ratio decidendi*, como resultado do processo de interpretação do precedente, será antes “construída”. Ela será sempre, e sobretudo, um efeito de sentido. Não se pode exigir do precedente um estatuto hermenêutico diferente daquele se atribui ao próprio texto da lei. Não se pode exigir da decisão judicial a objetividade e a transparência que se recusam à lei.

Nesse sentido, será importante perceber que, a menos que se faça uma adesão estrita à interpretação literal, lógica ou gramatical, a *ratio decidendi* não deve ser buscada apenas na superfície do texto do precedente; a menos que se queira fazer uma interpretação histórica, autêntica, a *ratio decidendi* não deve ser buscada apenas no passado, ou seja, na *occasio decisionis*, e no percurso argumentativo desenvolvido pelos ministros para tomar a decisão; a menos que se queira se restringir a uma interpretação

¹²² MACEDO, 2007, p. 315.

¹²³ BUSTAMANTE, 2007, p. 226

teleológica, finalista, consequencialista, não se devem buscar apenas as razões de decidir que poderiam ser apropriadas para casos futuros, de forma a assegurar “coerência” – e, por extensão, previsibilidade e segurança – ao ordenamento jurídico.

Não se trata de afirmar aqui o caráter absolutamente polimórfico e anárquico dos processos de determinação da *ratio decidendi*. Trata-se apenas de reconhecer sua “textura aberta”, sua “zona de penumbra”, que, segundo Hart, caracterizam todo enunciado normativo, regra a que a *ratio decidendi* não constitui exceção.

Diante desse contexto – em que se reconhece o papel construtivo da interpretação – a questão que permanece, aqui irrespondida e irrespondível, é se um sistema de precedentes, ainda não suficientemente amadurecido e cuja internalização parece ter ocorrido de forma muito enviesada, representa efetivamente uma alternativa a ser comemorada.

Conclusão

Como já antecipado na Introdução, este trabalho termina em aporia. O objetivo original da pesquisa era encontrar, sob a dispersão de fundamentos dos votos nas ADCs 43, 44 e 54, alguma regularidade argumentativa subjacente que pudesse funcionar como *ratio decidendi*. A proposta era estabelecer, no caso das decisões plurais, uma solução de compromisso entre o art. 927 do CPC, que institui um sistema de precedentes, e o art. 489, § 1º, V, que exige a identificação dos fundamentos determinantes da decisão para que os precedentes possam ser invocados.

Não se pôde encontrar, porém, nenhum argumento suficientemente convergente ou percurso argumentativo comum que pudesse ser utilizado como fundamento determinante da decisão. Foram identificados, sim, inúmeros argumentos recorrentes, mas nenhum que tenha sido subscrito pela maioria dos ministros. E mesmo os argumentos recorrentes não satisfizeram a condição de suficiência normalmente requerida para a caracterização da *ratio decidendi*, que permanece, no caso, indeterminada, a comprometer o significado da decisão como precedente, pelo menos como precedente persuasivo, que se impõe por critérios argumentativos, e não apenas estritamente autoritativos.

Nesse percurso exploratório, confirmou-se o dado, já assinalado em trabalhos anteriores, de que os ministros operam por acumulação de argumentos a favor de seu ponto de vista, e registrou-se que quase metade dos argumentos foram mobilizados uma única vez ou por apenas um ministro. No entanto, observou-se também que essa proliferação de argumentos não se dá à margem de um esforço de interação argumentativa, que ocorre, porém, de forma assíncrona, entre argumentos mobilizados em diferentes momentos da mesma história processual, e implícita, porque não se manifesta jamais de forma direta, já que não há o enfrentamento direto de contrarrazões. Os ministros não retomaram os argumentos uns dos outros para analisá-los e refutá-los, e preferiram acrescentar novos argumentos na direção contrária, dentro da mesma tópica. Essa pluralidade de argumentos conduziu, por sua vez, a percursos argumentativos muito variados, e os ministros, mesmo do lado vencedor, chegaram à decisão por caminhos argumentativos sobretudo individuais, insuscetíveis de produzirem um denominador jurídico comum à decisão.

Essa ausência de coletivismo, porém, não foi interpretada, pelos ministros, como problema institucional, mas como evidência de autoconsistência decisória, e da liberdade

e da pluralidade inerentes ao regime democrático, o que prejudica a possibilidade de que se possa encontrar uma solução pelo rearranjo das práticas deliberativas do STF. A dispersão de fundamentos instala-se, pois, pelo menos nas decisões mais polêmicas, como fenômeno inevitável, e observa-se que a doutrina dos precedentes, da forma como está inscrita no CPC, está pouco aparelhada para lidar com essa pluralidade.

Os conceitos de “precedente” e de “*ratio decidendi*” parecem pressupor convergência substantiva de fundamentos, referendados pela maioria do colegiado e suficientes para justificar a decisão. Quando não se observam esses elementos quantitativo e qualitativo, a decisão, ainda que possa conservar seu efeito vinculante, perde parte importante de seu efeito persuasivo. Assim, a decisão tomada no âmbito das ADCs – que declara a constitucionalidade do art. 283 do CPP e restringe, por extensão, a execução provisória à prisão de natureza cautelar – obriga os juízos inferiores, mas o precedente por ela firmado tem natureza eminentemente hierárquica, e não argumentativa, o que restringiria, pelo menos em tese, seu alcance junto ao próprio STF, que não estaria por ela obrigado em outros casos análogos.

A ausência de uma fundamentação suficientemente convergente evidencia, pois, que a controvérsia em torno da possibilidade da antecipação da execução da pena persiste sujeita a oscilações jurisprudenciais. A decisão não resolveu a questão, que permanece aberta. Ainda que venha a refletir a inexistência de um consenso social forte sobre o tema – que se pode comprovar também pelo número de proposições legislativas em tramitação voltadas para regular a matéria –, essa abertura tem repercussões importantes, não apenas para a estabilidade das decisões, mas para a própria imagem do STF e para a validade do direito, que passa a ser percebido pela chave da inconstância e da dependência de fatores de ordem extrajurídica, como a política de nomeação dos ministros da Corte.

Não pôde pertencer a este trabalho a consideração desses fatores socioinstitucionais, diretamente associados ao papel que uma Corte Constitucional deve desempenhar no regime democrático. Coube apenas assinalar que, qualquer que seja esse papel, a validade e a legitimidade das decisões judiciais, no constitucionalismo contemporâneo, está diretamente associada a um conjunto, ainda implícito, de regras de fundamentação judicial, único instrumento disponível para assegurar objetividade e impessoalidade às decisões.

Quero crer que o caso específico aqui analisado, exatamente pela instabilidade de seus resultados, demonstra que a mera adoção de um sistema de precedentes, sem o

desenvolvimento de uma teoria correspondente da argumentação jurídica, é insuficiente para satisfazer a demanda por uniformidade e previsibilidade na aplicação do direito.

O desafio que se instala, portanto, é justamente o de atar esses dois fios: o das teorias da argumentação jurídica, instrumento imprescindível para que se possa representar a estrutura argumentativa das decisões e delas retirar os movimentos essenciais; e o da doutrina dos precedentes, necessária para que se possa determinar a parte vinculante, porque essencial, das decisões. Em ambos os casos, a aproximação parece envolver algum grau de renúncia: no caso das teorias da argumentação, a renúncia ao caráter prescritivo-normativista, voltado para decisões “ideais”, caracterizadas quase sempre pela monofonia, e mais adequadas a um contexto de deliberação monocrática; no caso da teoria dos precedentes, a renúncia às expectativas inflacionadas de convergência argumentativa entre os julgadores e de interpretação literal dos elementos que, em uma decisão colegiada, poderiam operar como fundamento para decisões futuras.

Enquanto não se puder operar essa síntese, as questões apresentadas no início deste trabalho – sobre o alcance, como precedente, de decisões majoritárias tomadas com base em fundamentos minoritários, como a observada no caso das ADCs 43, 44 e 54 – permanecerão sem solução.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017.
- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990[1962].
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007[1764].
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 111, de 2008** (nº 4.208/2011, na Casa de Origem). Diário do Senado Federal, 5/7/2008. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4464162&ts=1630428063849&disposition=inline>. Acesso em: 27 mar. 23.
- BRASIL. STF. **Recl. 1987/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 01/10/2003. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>. Acesso em: 15 Mai 2023.
- BRASIL. STF. **ADC 43**. Rel. Marco Aurélio. DJ 07/11/2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 23 mar 23
- BRASIL. STF. **HC 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ 5/2/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 27 mar. 23.
- BRASIL. STF. **HC 84.078/MG**. Rel. Eros Grau. DJ 05/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 23 mar. 23.
- BREDA, Juliano. Risco de injustiça. In: STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano. (coords). **O dia em que a Constituição foi julgada**: a história das ADC's 43, 44 e 54. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 81-82. (artigo originariamente publicado no jornal O Globo, de 8 fev. 2018)
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). PUC-RJ, Rio de Janeiro, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A complementação de julgamentos não unânimes e a dispersão de votos. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/alexandre-camara-complementacao-julgamentos-nao-unanimes>. Acesso em: 17 Abr 2023.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Marco Aurélio de; CARRIELLO, Pedro Paulo. É preciso falar sobre isso... Um apelo ao Supremo Tribunal Federal. In: STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano. (coords). **O dia em que a Constituição foi julgada**: a história das ADC's 43, 44 e 54. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 134-140. (artigo originariamente publicado no jornal Migalhas, 3 jul. 2019)
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014
- FEOFILOFF, Paulo; KOHAYAKAWA, Yoshiharu; WAKABAYASHI, Yoshiko. **Uma introdução sucinta à teoria dos grafos**. 2011. Disponível em: <http://www.lcad.icmc.usp.br/~jbatista/edados/mat/TeoriaDosGrafos.pdf>. Acesso em: 25 Mai 2023.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo [1988-2013]**-Sepúlveda Pertence. 2015.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- KAJURU, Jorge. **Projeto de Lei nº 5958, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8036730&ts=1674176336798>. Acesso em: 31 mar.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. "Why cases have rationes and what these are". GOLDSTEIN, Laurence (ed.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987
- MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, vol. 234, ago 2014. p. 303-327.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- MARKUN, Paulo. **Recurso final**: a investigação da Polícia Federal que levou ao suicídio de um reitor em Santa Catarina. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Oxon/New York: Routledge, 2016.
- MAZZOLA, Marcelo; DO VALE, Luís Manoel Borges. Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. **Revista de Processo**, v. 317, n. 2021, p. 199-221, 2021.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. In: **Revista da AGU**, v. 15, n. 3. Brasília: Fórum, jul./set. 2016, pp. 9-52. Disponível em:

- <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 23 mai 2023.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. In Rev. **Direito e Práxis**, Vol. 08, n. 3, 2017, p. 1863-1908. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/23724>. Acesso em: 17 Abr 2023.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann. ROESLER, Claudia Rosane. BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 61, n. 3, pp. 213-231, set./dez. 2016.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996[1958].
- PENNINGTON, Kenneth. Inocente até que se prove culpado. In **Revista da Advocacia Pública Federal**, v.6., n.1, dez 2022. p.54-68. Disponível em: <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista/article/view/174>. Acesso em: 29 mar. 23. p. 62
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base**: os abusos da imprensa. São Paulo: Ática, 1995.
- ROSA, Alexandre Moraes da; DIAS, Thiago Fernandes. A constante (e inconstitucional) presença do *in dubio pro societate* no STF. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-27/limite-penal-constante-inconstitucional-presenca-in-dubio-pro-societate-stf>. Acesso em: 29 mar. 23.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1973[1916].
- SCHAUER, Frederick. **Pensar como um abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **De quem divergem os divergentes**: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. In **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, jul/dez 2015, pp. 205-225. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/605>. Acesso em: 18 Abr 2023.
- STRECK, Lenio. O julgamento de mérito das ADCs. In STRECK, Lenio; BRENDA, Juliano. (coord). **O dia em que a Constituição foi julgada**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? In **Revista Jurídica**, vol. 01, n°. 54, Curitiba, 2019. pp. 317 – 341. Disponível em: 10.6084/m9.figshare.7841120. Acesso em: 22 Mai 2023.
- TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Lima: Palestra, 2015.
- TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006[1958].

- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. **Direito: teoria e experiência**: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau, 2013, 2. Jg.
- VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 28 Abr 2023.
- VALE, André Rufino do. É preciso repensar de liberação no Supremo Tribunal Federal. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 fev 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 27 Abr 2023.
- VIEIRA, Guilherme Gomes. **Presunção de inocência e antecipação da prisão**: inflexões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. 2020. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.