



Faculdade Presbiteriana Mackenzie Brasília
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

IZABELLA PIUZANA MUCIDA

**A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA À LUZ DA TEORIA DOS
PRECEDENTES JUDICIAIS**

Artigo científico apresentado na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Brasília como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Processo nas Cortes Superiores.

Orientadora: Simone Trento

Brasília/DF

2021

RESUMO O presente artigo tem por objeto de pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena após o esgotamento da jurisdição ordinária. O problema de pesquisa recai sobre a (in)observância, pela Corte Suprema, nos julgados acerca do tema, dos preceitos relacionados à teoria dos precedentes judiciais, notadamente o dever dos Tribunais em manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente. A modalidade de pesquisa é bibliográfica, correlacionando doutrina e jurisprudência em torno da teoria dos precedentes judiciais e da execução provisória da pena. O objetivo de pesquisa é analisar se as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal estão em consonância com os ditames da teoria dos precedentes judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena, Supremo Tribunal Federal, Precedentes judiciais.

ABSTRACT The purpose of this article is to research the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the provisional execution of the penalty after the closure within the ordinary jurisdiction. The research problem lies in the (in)observance, by the Supreme Court, in the judgments on the subject, of the precepts related to the theory of judicial precedents, notably the duty of the Courts to maintain their jurisprudence's integrity, stability and coherence. The research modality is bibliographical, correlating doctrine and jurisprudence around the theory of judicial precedents and the provisional execution of the sentence. The research objective is to analyze whether the changes in the position of the Supreme Court are in line with the dictates of the theory of judicial precedents.

KEYWORDS: Provisional execution of the penalty, Federal Supreme Court, Judicial precedents.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A Teoria dos Precedentes Judiciais. 2.1. Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro 3. O retrospecto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à possibilidade da execução antecipada da pena. 4. A inobservância dos preceitos relacionados à teoria dos precedentes nos julgamentos acerca da execução provisória da pena. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo será voltado à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução provisória da pena no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com ênfase nas recentes mudanças de orientação da Corte ocorridas entre os anos de 2016 e 2019, sob o enfoque da teoria dos precedentes judiciais.

O trabalho não tem como escopo avaliar o acerto ou não dos julgados, nem a compatibilidade do cumprimento antecipado da sanção penal com o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, *in verbis*, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”¹, estando a pesquisa centrada na análise da reviravolta jurisprudencial à luz dos princípios da doutrina dos precedentes judiciais, que vem sendo incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será realizado um breve apanhado histórico sobre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, com a abordagem de seus conceitos e institutos, notadamente os relacionados à doutrina anglo-saxã, berço da teoria dos precedentes judiciais.

O segundo capítulo é dedicado ao retrospecto histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema da execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, com a abordagem dos julgados que ensejaram a alteração do posicionamento da Corte desde a entrada em vigor da Constituição.

Posteriormente, a reviravolta jurisprudencial será analisada à luz dos preceitos da teoria dos precedentes, notadamente os relacionados à necessidade de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência.

A conclusão aborda os entraves enfrentados no sistema de justiça do Brasil para a incorporação da doutrina dos precedentes judiciais.

2. Teoria dos Precedentes Judiciais

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <planalto.gov.br> Acesso em 12 de março de 2021.

Os estudos sobre precedentes judiciais abarcam, necessariamente, uma análise histórica sobre a tradição jurídica anglo-saxã do *common law*, seus conceitos, institutos e evolução, para a compreensão da proeminência conferida aos pronunciamentos jurisdicionais e à sua eficácia vinculante (*stare decisis*).

A tradição jurídica inglesa é historicamente ligada aos costumes (direito consuetudinário) e à dimensão fática do direito e, nesse contexto, cabia ao juiz, inicialmente, o papel de identificar o direito surgido das práticas sociais da comunidade, utilizando-o como parâmetro de julgamento.²

Com a Revolução Gloriosa, de 1688, e o fim do absolutismo do monarca, em uma luta em que o parlamento e o judiciário estiveram lado a lado, estabeleceu-se a força do direito comum (direitos e liberdades do povo inglês) diante do poder real. Nesse sentido, todos os poderes, inclusive o legislativo e as leis por ele produzidas, deveriam se submeter ao direito da história e das tradições do povo inglês³.

Assim, não se observou a necessidade ou intenção de se submeter o juiz à lei, ao contrário, os princípios estabelecidos davam aos juízes condição para controlar os atos legislativos a partir do *common law*, dotando-os de confiança e espaço na esfera de poder⁴.

Já no *civil law*, inspirado pelos ideais da Revolução Francesa, há uma preponderância do poder legislativo (Estado Legislativo) e do seu produto, a lei, vista como expressão da vontade popular racionalmente estabelecida, dotada de certeza, segurança e justiça⁵. A tradição jurídica é historicamente influenciada pela estrita separação de poderes e pela mera declaração judicial da lei (*juge bouche de la loi*).

Esse contexto decorre da relação próxima entre o monarca e os juízes no *Ancien Régime*. Proveniente das classes aristocráticas, os juízes, que compravam ou herdavam os cargos, privilegiavam seus próprios interesses, bem como aqueles das classes abastadas, não havendo isenção nos julgamentos

² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. Ed. Salvador. JusPODIVM, 2020, p. 36

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.37.

⁴ Idem, p.40.

⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. Ed. Salvador. JusPODIVM, 2020, p. 40

proferidos. Assim, com a revolução, houve a total submissão da atividade do judiciário ao Parlamento, limitando o poder dos juizes a, simplesmente, afirmar o que estava estabelecido na lei⁶. Para tanto, a legislação deveria ser clara e completa, regulando todas as situações passíveis de gerarem conflitos no tecido social, o que também era visto como meio para ensejar segurança e previsibilidade nos provimentos jurisdicionais.

A maior liberdade concebida para a apreciação da norma por parte dos juizes do *common law*, que nunca estiveram adstritos à letra da lei para fundamentar suas decisões, poderia causar insegurança jurídica, notadamente mediante a prolação de decisões diferentes para situações fáticas semelhantes, levando à necessidade do estabelecimento de um instrumento que dotasse o sistema de maior racionalidade, coerência e previsibilidade, de modo a garantir a segurança jurídica e a igualdade, por meio da adoção do *stare decisis*, a força vinculante dos precedentes.⁷

Os precedentes existem tanto na tradição do *common law*, quanto no *civil law*, embora a corrente romano-germânica tenha, tradicionalmente, como principal fonte do direito a legislação, enquanto na tradição inglesa, os precedentes são mais valorizados.

O precedente é uma decisão judicial proferida no julgamento de um caso concreto, cujo elemento normativo pode atuar como referencial ou parâmetro para a resolução de casos análogos ou semelhantes⁸. A fixação de uma diretriz no julgamento de uma demanda posta, com o enfrentamento das questões de direito envolvidas, servirá como referência para decisões posteriores.

Leciona Tucci⁹ que os precedentes judiciais são compostos por duas partes, sendo a primeira as circunstâncias que embasam a controvérsia, ou seja, os elementos fáticos submetidos ao Juízo e, a segunda, a tese assentada na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi* ou *holding*, expressão utilizada no direito americano).

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.41-42.

⁷ Idem, p. 49

⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 2, p. 565.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.12.

A *ratio decidendi* é a norma jurídica a ser extraída da decisão, principalmente de sua fundamentação, que poderá ser aplicada na solução de outras situações concretas semelhantes, constituindo o elemento vinculante do precedente (*stare decisis*).¹⁰

O argumento jurídico adicional ou lateral, dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão é denominado *obiter dictum* ou *dictum*.

Os precedentes judiciais podem ser persuasivos ou meramente argumentativos (*persuasive ou advisory precedent*), quando servem tão somente como orientação para casos futuros, podendo o julgador adotá-lo ou rejeitá-lo, embora deva fazê-lo sempre fundamentadamente.

Já os precedentes de caráter vinculante ou obrigatório (*binding precedent*) são aqueles de eficácia vinculativa que deverão ser necessariamente seguidos nas decisões posteriores em casos semelhantes, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem a mesma tese jurídica na fundamentação¹¹.

A aplicação do precedente obrigatório pode ser afastada nas hipóteses de distinção (*distinguishing*), quando são identificadas diferenças relevantes entre o caso em julgamento e o precedente invocado. Para que se justifique a incidência do precedente, deve-se verificar os fundamentos ou finalidade da *ratio decidendi* originária e a sua compatibilidade com o novo caso¹² e, não estando presentes as razões invocadas para a construção do primeiro julgado, deverá ser demonstrado que o precedente não é apto a resolver o caso¹³.

Um precedente pode ser revogado ou superado (*overruling*) quando se evidenciar uma mudança da realidade social ou de um novo contexto que o revele obsoleto ou mesmo equivocado. Normalmente, nessas hipóteses, observa-se a adoção de uma técnica de sinalização (*signaling*) por parte da Corte que instituiu precedente, indicando uma possível revisão da tese, agindo

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit, p. 567

¹¹ Idem, p. 580

¹² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.216.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.88-90.

com cautela a fim de preservar os valores da estabilidade e da confiança justificada.¹⁴

2.1 Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A despeito de o ordenamento jurídico brasileiro ser de tradição romano-germânica, focado na legislação e na sua estrita aplicação pelo Judiciário, vê-se que, hodiernamente, em um contexto de mundo globalizado, há, cada vez mais, uma aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*, seja mediante o intercâmbio doutrinário, a utilização do direito comparado e de precedentes estrangeiros pelo Judiciário, em um ambiente de troca de influências na busca de soluções jurídicas para os anseios sociais e problemas vivenciados por todos os ordenamentos jurídicos¹⁵.

Dentro desse cenário, observa-se, nas últimas décadas, um maior interesse por parte da doutrina, dos Tribunais e do Poder Legislativo, acerca do tema no Brasil, com a introdução no ordenamento jurídico de normas que buscam a valorização dos precedentes judiciais, podendo ser citadas: (a) a regulamentação das ações de controle concentrado de constitucionalidade, cujas decisões são revestidas de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*; (b) as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que criou os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, (c) o novo Código de Processo Civil¹⁶ que consolidou reformas anteriores e avançou no sentido de estruturar o sistema de precedentes no Brasil.

Nesse sentido, preconiza o Código de Processo Civil o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência, de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente¹⁷, com a finalidade precípua de se tentar evitar a denominada

¹⁴ Idem, p.337.

¹⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.146.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[https:// planalto.gov.br](https://planalto.gov.br)> Acesso em 15 de maio de 2021.

¹⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

jurisprudência lotérica¹⁸ e a insegurança jurídica dela decorrente, bem como promover a igualdade e a isonomia, assegurando que casos similares recebam o mesmo tratamento quando submetidos ao judiciário (*treat like cases alike*).

O artigo 927 do CPC, ao dispor que “os juízes e tribunais observarão”, estabelece eficácia vinculante aos seguintes precedentes: a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) enunciados de súmula vinculante; c) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e e) orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A doutrina entende que o rol é exemplificativo¹⁹, sendo que parte dos doutrinadores sustenta que, para a efetiva integridade e coerência do sistema judicial como um todo, a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁰, no tocante à legislação federal e pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à Constituição, ainda que em controle difuso em recurso extraordinário²¹, também vincularia os Tribunais ordinários e Juízes de 1º grau de jurisdição.

Prevê, ainda, o Código de Processo Civil a possibilidade de alteração ou superação (*overruling*) dos precedentes de natureza vinculante²², estabelecendo a possibilidade de realização de audiências públicas e

¹⁸ CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v.786, abr.-2001 *apud* RAVI, Peixoto. **Superação do Precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.152.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. Cit*, p. 587.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.295-296.

²² Art. 927

[...]

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

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

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

participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, bem como a modulação de efeitos da alteração. Nesse particular, o artigo 489, §1º, VI e o art. 927, §1º, do Código de Processo Civil impõem a necessidade de fundamentação específica, ou seja, o ônus argumentativo para a demonstração da inadequação do precedente que está sendo superado, de modo a preservar os princípios da segurança jurídica, da confiança justificada e da isonomia.

Vê-se, portanto, que a previsão da força vinculante dos precedentes surge no ordenamento jurídico brasileiro ante a necessidade da observância da coerência e integridade na prática jurídica, com vistas a garantir a preservação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, que deve ser compreendida não apenas como previsibilidade, mas como coerência sistêmica.

O sistema de precedentes é, como nos ensina Marinoni, uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, sem deixar de se preocupar com o desenvolvimento e evolução do direito, mas observando a necessidade de se preservar a confiança justificada na ordem jurídica²³.

Estabelecidos os conceitos centrais relacionados aos precedentes judiciais e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução provisória da pena.

3. O retrospecto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena

A análise do histórico do posicionamento da Corte Suprema no tocante à execução antecipada da pena terá como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, embora caiba ressalva no sentido de que o entendimento pela possibilidade da execução provisória da sanção penal estava pacificado muito antes da vigência da Carta Magna, tendo assim remanescido até o ano de 2009.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.31.

Leciona Caleffi que a interpretação acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade estava calcada nos artigos 393, 408, §2º e 594, do Código de Processo Penal²⁴, que permaneceram em vigência até as alterações legislativas promovidas pelas Leis n. 11.689/08 e 11.719/11 e 12.403/11. Aduz, ainda, que os julgados do Supremo Tribunal Federal invocavam a previsão do art. 637 do mesmo diploma legal e o art. 27, §2º, da Lei n. 8.038/90, para legitimar a execução antecipada da pena, sob o fundamento de que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal.²⁵

Em estudo sobre o tema, Paulino cita os julgados proferidos no HC 68.726, HC 71.723, HC 84.846, HC 85.024 e HC 91.675, ressaltando que o entendimento consolidado da Corte Suprema sobre a possibilidade da execução provisória da pena ensejou até mesmo a aprovação, no ano de 2003, dos enunciados sumulares n. 716 e 717, que versavam sobre a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.²⁶

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça também foi editada a súmula n. 267 estabelecendo que “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão²⁷”.

Somente a partir do ano de 2007 surgiram os primeiros sinais da tendência de mudança jurisprudencial (*signaling*), na apreciação monocrática

²⁴ Art. 393 São efeitos da sentença penal condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e indícios de que seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento:

§1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

§2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revoga-la, caso já se encontre preso.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se condenado por crime que se livra solto.

²⁵ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 53-54 e 66.

²⁶ PAULINO, Galtênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção da inocência: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.10.

²⁷ SÚMULA 267, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002, p. 135.

com concessão da ordem de habeas corpus²⁸, por alguns dos Ministros que compunham a Corte à época, sob o argumento de ser incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a prisão baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário²⁹. Foi invocada, ainda, a previsão da Lei n. 7.210/84³⁰ (Lei de Execução Penal) que estabelece, em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, que a execução da pena privativa de liberdade está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, desse modo, a prisão, antes do advento do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar³¹.

Mas foi somente em fevereiro de 2009, mais de 20 anos após a vigência da Constituição de 1988, que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do paradigmático habeas corpus n. 84.078/MG³², por maioria de votos (7x4), modificou o entendimento até então dominante, manifestando-se pela prevalência do princípio da presunção da inocência em detrimento das

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89.952/MG, Segunda Turma. Impetrante: Guilherme Marinho e outro. Paciente: Gustavo Bitencourt Estanislau. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, julgamento em 15 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2433635>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.183/SP, Primeira Turma. Impetrante: Fernando da Costa Tourinho Filho. Paciente: José Pedro Ormelezi. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento em 12 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510201>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁰ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

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

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.232/PE, Segunda Turma. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes e outro. Paciente: Jefferson Murilo da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 06 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513041>. Acesso em 15 mar. 2021.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078/MG, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo Drumond Verano e outro. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>. Acesso em 15 mar. 2021.

disposições legais que previam a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Na esteira da alteração jurisprudencial, em 2011, a reforma do Código de Processo Penal promovida por meio da Lei n. 12.403/11, deu nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal, condicionando a prisão ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Entretanto, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, alterou novamente o posicionamento, voltando a admitir, por maioria de votos (7x4), a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório prolatado por Tribunal de segundo grau³³.

Nas razões de decidir, o Ministro Teori Zavaski asseverou que, além da ausência do efeito suspensivo, os recursos extraordinários não possuem efeito devolutivo amplo, visto ser insuscetível o reexame de fatos e provas, razão pela qual, no segundo grau de jurisdição, estaria encerrada a análise da culpabilidade do agente. Consignou, ainda, a necessidade do equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da prestação jurisdicional, que restaria prejudicada ante a interposição de sucessivos recursos de caráter eminentemente protelatório.

A mudança jurisprudencial ensejou o ajuizamento, com pedido liminar, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, que visavam à declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

A medida cautelar foi julgada em 05 de outubro de 2016, tendo sido mantido o entendimento, novamente por maioria, desta feita por 6 votos contra 5, com o reposicionamento do Ministro Dias Toffoli, no sentido da possibilidade

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 15 mar. 2021.

da antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância³⁴.

O Ministro Toffoli reputou viável a execução provisória da condenação após o julgamento de recurso especial ou de agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, tese também adotada pelo Ministro Marco Aurélio Melo em seu voto.

Em novembro de 2016, foi reconhecida a repercussão geral (Tema 925/STF) acerca da questão em tela, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246/SP³⁵. Na ocasião restou fixada a tese 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 presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, reafirmando a orientação jurisprudencial fixada no HC 126.292/SP e no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44.

O tema voltou ao plenário do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2018, no julgamento do HC 152.752/PR³⁶ impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, denegando a ordem em habeas corpus preventivo, entendeu pela possibilidade do início do cumprimento provisório da condenação penal, em razão do exaurimento do julgamento perante o segundo grau de jurisdição, nos termos do precedente fixado pela Corte Suprema.

Por ocasião deste julgamento, a composição do colegiado havia sido modificada, com o ingresso do Ministro Alexandre de Moraes, em substituição ao Ministro Teori Zavascki.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 15 mar. 2021.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 964.246/SP, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966379>>. Acesso em 15 mar. 2021.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152.752/PR, Tribunal Pleno. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrado: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, julgamento em 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>>. Acesso em 30 mai. 2021.

No julgamento, o Ministro Gilmar Mendes se reposicionou com relação ao tema, alterando o entendimento veiculado nos votos no HC 126.292/SP e no ARE 964.246/SP-RG, para aderir à argumentação apresentada pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do recurso especial (ou AREsp) pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Ministra Rosa Weber, invocando as lições da doutrina brasileira e estrangeira acerca dos precedentes judiciais³⁷, ponderou a necessidade, em nome da coerência e da integridade, do respeito aos precedentes fixados pela Corte, mesmo com a alteração da composição do colegiado e, citando o princípio da colegialidade³⁸, ressaltou seu entendimento pessoal, denegando a ordem.

A Ministra argumentou, ainda, acerca da impossibilidade de revisão da tese estabelecida no julgamento de processo subjetivo e que, na revisitação do tema, em controle concentrado de constitucionalidade, adotaria o seu posicionamento pessoal acerca da matéria, no sentido da impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Assim sendo, a ordem foi denegada, por 6 votos a 5, mantendo-se o entendimento anteriormente fixado no julgamento do HC 126.292/SP, no ARE 964.246/SP-RG e na MC nas ADC 43 e 44.

A alteração do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 152.752/PR foi utilizada como argumento para a propositura de uma terceira Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC 54³⁹, cujo

³⁷ Em seu voto, a Ministra Rosa Weber cita os autores Frederick Schauer, Neil MacCormick, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Georges Abboud, entre outros doutrinadores.

³⁸ **“A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular.**

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências. Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.” (grifado no original)

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5440576>>. Acesso em 20 mar. 2021.

pedido liminar foi deferido monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio Melo, no último dia do ano judiciário de 2018, 19 de dezembro, nos seguintes termos:

Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

No mesmo dia, a Procuradoria-Geral da República ingressou com pedido de Suspensão de Liminar, deferido pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli⁴⁰, ainda em 19 de dezembro de 2020, cassando os efeitos da decisão liminar concedida na ADC 54, até a apreciação pelo colegiado do mérito das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54), que na ocasião haviam sido pautadas para sessão de julgamento de 10 de abril de 2019.

Finalmente, em 07 de novembro de 2019, foi ultimada a apreciação do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54⁴¹, que foram julgadas procedentes, em nova alteração do entendimento da Corte (*overruling*), declarando-se, por apertada maioria de 6 votos a 5, a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, à luz do princípio de presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88 e vedando a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Eis a ementa do acórdão:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. 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,

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 1188. Relator: Ministro Presidente Dias Toffoli. Brasília, DF, julgamento em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5613531>>. Acesso em 20 mar. 2021.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 07 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 25 mar. 2021.

selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

4. A inobservância dos preceitos relacionados à teoria dos precedentes judiciais nos julgamentos acerca da execução provisória da pena

O retrospecto acima exposto demonstra a forte instabilidade no tratamento do tema relacionado à execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias pelo Supremo Tribunal Federal, sempre com julgamentos por apertada maioria de votos.

As abruptas alterações da jurisprudência, ocorridas entre os anos de 2016 e 2019, portanto, após a vigência do novo Código de Processo Civil, demonstram a necessidade do aprimoramento do sistema de precedentes no Brasil.

A análise da jurisprudência referente ao tema em estudo demonstra a clara inobservância dos preceitos da estabilidade, da integralidade e da coerência, pela Corte Constitucional, conforme se verá a seguir.

Mesmo após a alteração do entendimento jurisprudencial (*overruling*), no ano de 2016, com a admissão do cumprimento antecipado da condenação criminal com o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau, inaugurado pelo julgamento do HC 126.292/SP, mantido no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44 e, ainda, reconhecida repercussão geral sobre o tema, no julgamento do ARE 964.246 RG/SP, não se verificou a estabilização da tese, ou seja, a continuidade e observância do precedente firmado.

Ministros que divergiram da maioria seguiram decidindo, de forma monocrática, contra o precedente formado na própria Corte, concedendo liminares em habeas corpus para a imediata concessão de liberdade ou, de forma preventiva, para obstar o início do cumprimento de penas sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, sob o fundamento de inconstitucionalidade da medida, por infringência à presunção de inocência⁴².

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139.391/RN. Impetrante: Antônio Nabor Areia Bulhões. Paciente: Ronildo Rodrigues Lins de Araújo. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na concessão de liminares nos HC 135.951/DF⁴³, 140.217/DF⁴⁴ e 142.162/BA⁴⁵, entre outros, afastou a incidência dos precedentes fixados pelo Pleno do Tribunal nos julgamentos, ante a ausência de efeito *erga omnes* e força vinculante. Consignou que a sentença condenatória de primeira instância teria assegurado o direito dos réus de recorrerem em liberdade, não tendo essa questão sido enfrentada no julgamento dos recursos interpostos. Acrescentou que nas hipóteses somente poderia haver a antecipação do cumprimento da pena se demonstrada a necessidade da segregação cautelar.

Já o Ministro Gilmar Mendes, a despeito de haver se manifestado expressa e contundentemente pela possibilidade do início do cumprimento da pena após a confirmação da condenação pela segunda instância nos julgamentos do HC 126.292/SP, do ARE 964.246/SP-RG e da MC na ADI 43 e 44, passou, a partir de maio de 2017, a conceder a ordem, em habeas corpus de sua relatoria, para impedir a imediata execução de pena em condenações confirmadas em segunda instância⁴⁶.

Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 19 de dezembro de 2016. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5110873>>. Acesso em 30 mai. 2021.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135.951/DF. Impetrante: Daniela Cristina Papa. Paciente: Luiz Carlos Santiago Papa. Impetrado: Relator da Medida Cautelar n. 25.804 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 31 de março de 2017. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5024670>>. Acesso em 02 jun. 2021.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 140.217/DF. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Sami Kuperchimit. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5124449>>. Acesso em 02 jun. 2021.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 142.162/BA. Impetrante: Leila de Souza Reis. Paciente: João Anselmo do Nascimento Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 22 de agosto de 2017. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5159945>>. Acesso em 02 jun. 2021.

⁴⁶ O próprio Ministro citou, no voto lançado no julgamento HC 152.752/PR, decisões proferidas nos seguintes feitos: HC 142.376, decisão de 11.5.2017, DJe 15.5.2017; HC 147.953 MC, decisão de 19.10.2017, DJe 23.10.2017; HC 147.981/SPMC, decisão de 6.10.2017; HC 148.822/SPMC, decisão de 18.10.2017, DJe 20.10.2017; HC 150.553-MC, decisão de 23.11.2017, DJe 27.11.2017; HC 153.480-MC, decisão de 1º.3.2018; HC 150.226-MC, decisão de 5.12.2017, DJe 12.12.2017; HC 147.764-MC, decisão de 21.9.2017, DJe 26.9.2017; HC 146.818-MC, decisão de 18.9.2017, DJe 20.9.2017; HC 146.815-MC, decisão de 22.8.2017; DJe 24.8.2017.

Os habeas corpus foram concedidos, em alguns casos, inclusive com afronta a outro precedente da Corte Constitucional, qual seja o enunciado sumular n. 691/STF, *in verbis*, "*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*", em razão dos remédios constitucionais terem sido manejados contra a denegação de liminares em habeas corpus impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as impetrações também apontavam como atos coatores decisões judiciais das instâncias antecedentes que aplicavam o precedente fixado pela própria Corte Constitucional e reafirmado, de forma majoritária, em três oportunidades pelo Plenário, não sendo possível evidenciar, desse modo, teratologia, abuso de poder ou ilegalidade do ato impugnado, o que deveria, por si só, afastar a possibilidade de concessão da ordem.

O ápice do desrespeito ao precedente firmado se deu com a concessão de liminar, pelo Ministro Marco Aurélio Melo, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 54, no último dia útil do ano judiciário de 2018.

Na decisão, o Magistrado invocou, basicamente, as razões de seu próprio voto, vencido nas três oportunidades em que o tema foi debatido no plenário da corte, para determinar, em todo o território nacional, a suspensão da execução de pena cuja condenação não houvesse transitado em julgado, com a consequente libertação de todos os presos naquela condição, salvo aqueles casos que se enquadrassem nas hipóteses autorizadoras da decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Relevante, nesse contexto, a lição do professor Marinoni⁴⁷:

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua "justiça" e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.99.

A ausência da vinculação horizontal dos precedentes firmados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, como acima observado, levou ao enfraquecimento da força do precedente, com a inobservância também no plano vertical.

Como salienta Ravi Peixoto, citando doutrina espanhola, “a vinculação vertical é bastante dependente da horizontal. Para que se possa exigir uma unidade de soluções pelo Poder Judiciário, os órgãos de cúpula precisam respeitar seus próprios precedentes.”⁴⁸

Nessa esteira, sobreveio julgamento de embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹, em 14 de junho de 2017, no sentido de vedar a execução provisória da pena restritiva de direitos, arbitrada em substituição à pena de prisão, com fulcro apenas na literalidade do art. 147 da Lei de Execuções Penais, em clara contraposição com o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa abaixo colacionada.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.
1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.
2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.
3. Embargos de divergência rejeitados.

O afastamento da aplicação do precedente fixado e reafirmado pela Corte Constitucional em três diferentes oportunidades foi realizado em total desconformidade com o regramento estabelecido no Código de Processo Civil e

⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.153.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1619087/SC. Terceira Seção. Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relator para Acórdão Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgamento em 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 06 jun. 2021.

preconizado pela doutrina. Nos julgados acima citados, vê-se que a inobservância da norma jurídica definida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pela mera discordância quanto ao mérito, mediante a simples repetição dos argumentos expostos nos votos que restaram vencidos, e sem qualquer demonstração no sentido de que as peculiaridades do caso concreto impediriam a aplicação da tese jurídica firmada (*distinguishing*), ou indicação de alteração substancial do contexto no qual a norma judicial foi fixada que demandasse a sua revogação (*overruling*), com todo o esforço argumentativo que decisões dessa natureza demandam (art. 927, §4º do CPC).

Precedentes firmados por Cortes Constitucionais são feitos para durar, vez que é inerente ao conceito do *stare decisis* a estabilidade, a previsibilidade e continuidade da ordem jurídica, essenciais para a preservação da isonomia e da segurança jurídica. Entretanto, isso não significa o engessamento do sistema ou a vedação da alteração de um entendimento, que deve ser realizado sempre que (a) o precedente não mais corresponda aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e (b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a segurança jurídica e a igualdade, não mais justificarem a preservação do precedente⁵⁰.

A doutrina aponta que o *overruling* ocorre nas hipóteses em que (a) o precedente está obsoleto ou desfigurado, (b) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto ou (c) quando se revelar inexecutável na prática⁵¹.

A oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da execução antecipada da pena após o encerramento do segundo grau de jurisdição, em exíguo tão espaço de tempo, não indica a presença de qualquer das situações acima listadas.

No caso, considerando que a fixação do precedente se deu por apertada maioria, 7x4 no HC 126.292/SP e 6x5 na medida cautelar nas ADCs 43 e 44 e 6x4, no ARE 964.246 RG/SP, o reposicionamento de dois dos

⁵⁰ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. London: Harvard University Press, 1998, p.104-105, *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 2, p. 627

⁵¹ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**, p.266-284, *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 2, p. 627.

integrantes da Corte, no caso os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ensejou a última superação do precedente, ocorrida em 2019, com o julgamento do mérito das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Vê-se, portanto, uma inobservância da “vontade institucional” da Corte, consubstanciada nos precedentes recentemente alterados, pela mera modificação das convicções pessoais dos julgadores, que levou à superação do entendimento sem que houvesse, efetivamente, argumentos novos, ainda não suscitados, que fundamentassem de forma adequada e específica, a modificação jurisprudencial.

A falta de estabilidade, coerência e integridade na jurisprudência acerca da execução antecipada de pena antes do trânsito em julgado remanesceu mesmo após o julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54.

Nesse sentido, cito o julgamento, pela Primeira Turma do STF, do habeas corpus 172.545/SP⁵², dias após a definição do mérito das referidas ações declaratórias de constitucionalidade, no qual restou assentada a possibilidade de cumprimento provisório de medida socioeducativa prevista na Lei n. 8.079/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), antes do trânsito em julgado da decisão. Sem adentrar no mérito dos argumentos expostos no *decisum*, é possível observar a incoerência com o preconizado no novo entendimento fixado pelo Plenário sob a impossibilidade da execução provisória da pena.

No julgado não há qualquer menção à superação do precedente fixado no tocante à impossibilidade de cumprimento antecipado da sanção penal antes do trânsito em julgado, não tendo sido realizada distinção (*distinguishing*) da situação apreciada.

A outra questão relaciona-se à possibilidade do cumprimento imediato, ou seja, antes do trânsito em julgado, das condenações do Tribunal do Júri, com fundamento na previsão da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal).

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 172.545/SP. Primeira Turma. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Paciente: Marcel Ferreira de Oliveira. Impetrado: Relator do HC n. 515.824 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgamento em 19 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5719052>>. Acesso em 10 jun. 2021.

A discussão iniciou-se no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 07 de março de 2017, no julgamento do HC 118.770/SP⁵³. Na apreciação pelo colegiado, foi cassada liminar anteriormente concedida pelo Ministro Marco Aurélio, para permitir a execução provisória da pena fixada por Tribunal do Júri⁵⁴.

Posteriormente, o tema teve repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC⁵⁵, em outubro de 2019 (Tema 1068), ou seja, logo após o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

O debate influenciou inclusive a produção legislativa, com o advento da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), que alterou art. 492, I, e, do Código de Processo Penal⁵⁶, para prever a possibilidade de cumprimento antecipado da pena nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, cuja pena seja igual ou superior a 15 anos de prisão.

A execução antecipada de medidas socioeducativas e de decisões do Tribunal do Júri não pode ser apreciada sem a invocação da norma jurídica estabelecida, pela própria Corte Constitucional, no tocante à interpretação do princípio da presunção da inocência, sob pena de infringir o dever de manutenção da coerência e integridade da jurisprudência, prolongando ainda mais a incerteza e insegurança jurídica acerca do tema.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118.770/SP. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Paciente: Marcel Ferreira de Oliveira. Impetrado: Relator do HC n. 120.241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 07 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 05 jun. 2021.

⁵⁴ O posicionamento da Turma foi reiterado outros, dentre os quais o HC 144712, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27 de novembro de 2018, DJe 26/02/2019 e o RHC 154515 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 26 de outubro de 2018, DJe 09/11/2018.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.235.340/SC. Plenário Virtual. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: Joel Fagundes da Silva. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento (RG) em 25 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5776893>>. Acesso em 20 jun. 2021.

⁵⁶ Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

5. Considerações finais

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena evidencia os entraves enfrentados para a efetiva incorporação, no sistema de justiça brasileiro, da cultura do respeito aos precedentes judiciais, mesmo após as inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, que impõem aos tribunais o dever de manter a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Uma corte de vértice que não confere deferência aos seus próprios precedentes, seja criando subterfúgios para não os aplicar ou modificando-os constantemente, não terá o respeito das instâncias inferiores e nem inspirará a confiança justificada na sociedade, enfraquecendo o sistema de precedentes ou mesmo despindo-o de credibilidade e, conseqüentemente, de efetividade e utilidade.

Nesse sentido, é preciso que o Supremo Tribunal Federal contribua para a formação de uma visão predominantemente institucional da Corte e que seus precedentes sejam representativos da posição do Tribunal, e não o somatório das opiniões expostas nos votos de seus ministros, passíveis de serem modificadas livremente.

O adequado funcionamento do sistema de precedentes obrigatórios tem como pressuposto básico que o principal Tribunal do país se curve às suas próprias decisões. Para que se possa exigir a observância e o respeito aos precedentes judiciais é imprescindível, antes de tudo, que o Supremo Tribunal Federal e seus membros os respeitem.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <planalto.gov.br> Acesso em 12 de março de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 89.952/MG, Segunda Turma. Impetrante: Guilherme Marinho e outro. Paciente: Gustavo Bitencourt Estanislau. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, julgamento em 15 de maio de 2007. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2433635>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 91.183/SP, Primeira Turma. Impetrante: Fernando da Costa Tourinho Filho. Paciente: José Pedro Ormelezi. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento em 12 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510201>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 91.232/PE, Segunda Turma. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes e outro. Paciente: Jefferson Murilo da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 06 de novembro de 2007. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513041>>. Acesso em 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078/MG, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo Drumond Verano e outro. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 964.246/SP, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, julgamento em 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966379>>. Acesso em 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 152.752/PR, Tribunal Pleno. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrado: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, julgamento em 04 de abril de 2018. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>>. Acesso em 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5440576>>. Acesso em 20 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 1188. Relator: Ministro Presidente Dias Toffoli. Brasília, DF, julgamento em 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5613531>>. Acesso em 20 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento da medida cautelar em 07 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 25 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 139.391/RN. Impetrante: Antônio Nabor Areia Bulhões. Paciente: Ronildo Rodrigues Lins de Araújo. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5110873>>. Acesso em 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 135.951/DF. Impetrante: Daniela Cristina Papa. Paciente: Luiz Carlos Santiago Papa. Impetrado: Relator da Medida Cautelar n. 25.804 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 31 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5024670>>. Acesso em 02 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 140.217/DF. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Sami Kuperchimit. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5124449>>. Acesso em 02 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 142.162/BA. Impetrante: Leila de Souza Reis. Paciente: João Anselmo do Nascimento Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento (liminar) em 22 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5159945>>. Acesso em 02 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1619087/SC. Terceira Seção. Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relator para Acórdão Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgamento em 14 de junho de 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&pe_ticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 172.545/SP. Primeira Turma. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Paciente: Marcel Ferreira de Oliveira. Impetrado: Relator do HC n. 515.824 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgamento em 19 de novembro de 2019. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5719052>>. Acesso em 10 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 118.770/SP. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Paciente: Marcel Ferreira de Oliveira. Impetrado: Relator do HC n. 120.241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento em 07 de março de 2017. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em 05 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 1.235.340/SC. Plenário Virtual. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: Joel Fagundes da Silva. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julgamento (RG) em 25 de outubro de 2019. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5776893>>. Acesso em 20 jun. 2021.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 2.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. Ed. Salvador. JusPODIVM, 2020

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção da inocência: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.