

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-350-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, os trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

**PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA
JURÍDICA**

**PRECEDENTS IN BRAZILIAN LAW AND THE SUPREME FEDERAL COURT:
JURISPRUDENTIAL CHANGE WITH RISK TO LEGAL SECURITY**

**Carla Fruet Ribeiro
Thaiz Singer Correia Da Silva Kuhn**

Resumo

O presente trabalho, a partir da análise crítica do processo de seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e da reflexão a respeito do espaço que os precedentes jurisprudenciais ganharam no direito brasileiro com o advento do novo Código de Processo Civil, busca demonstrar, sem intenção de esgotar o assunto, a importância destes para a segurança jurídica e como a composição do Supremo Tribunal Federal e acontecimentos políticos podem determinar a alteração de precedentes de maneira indistinta acarretando efeito contrário ao desejado, qual seja, a instabilidade do sistema como um todo.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Precedentes, Alteração jurisprudencial, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The present work, based on critical analysis of the selection process of the Ministers of the Supreme Federal Court and the reflection on the space that the precedent of jurisprudence gained in Brazilian law with the advent of the new Code of Civil Procedure, seeks to demonstrate, with no intention of exhausting the subject, the importance of these for legal certainty and how the composition of the Supreme Federal Court and political events can determine the alteration of precedents in an indistinct manner causing an effect contrary to the desired, that is, the instability of the system as a whole.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal court of justice, Precedents, Jurisprudential change, Legal certainty

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive uma crise política, institucional e econômica, que apenas agravou com a pandemia ocasionada pelo COVID-19, e um dos fatores determinantes, especialmente para crise institucional, é a ausência de segurança jurídica que acaba por minar a credibilidade dos Tribunais brasileiros.

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil, percebeu-se um movimento formal no ordenamento jurídico de influência do *comom law* no *civil law*, na medida em que a formação de precedentes se tornou uma das prioridades do legislador ao longo do texto, com a regulamentação e a criação de instrumentos específicos inclusive, a fim de se buscar a tão almejada segurança jurídica e confiabilidade nas decisões judiciais.

Não obstante o guardião da Constituição Federal e intérprete último desta seja o Supremo Tribunal Federal, que possui função institucional híbrida, é composto por Ministros indicados pelo Presidente da República após o preenchimento de determinados critérios e sabatina do Senado Federal, fato é que o processo de seleção somado as mudanças bruscas de precedentes da Corte, cria terreno fértil para refletirmos, especificamente a partir da alteração de entendimento com relação a prisão em segunda instância, se o processo de seleção dos Ministros contribuiu ou não para essa alteração de entendimento, e se em razão da forma de composição é possível que o órgão sofra pressões políticas indesejadas capazes de influenciar nas decisões proferidas tornando o Tribunal Constitucional um órgão político ou provedor de decisões políticas, indo na contramão daquilo que o legislador procurou priorizar com a reforma processual civil.

Verifica-se assim, que o momento que se vive e a busca incessante por segurança jurídica e estabilidade institucional, propõe ambiente favorável a reflexão, a partir do método teórico-bibliográfico e análise jurisprudencial, sobre a necessidade ou não de revisão do processo de seleção dos Ministros integrantes da Corte Suprema e a importância dos precedentes, especialmente aqueles formados por esta Corte, para promoção da supracitada segurança e estabilidade, assim como para atendimento dos anseios da sociedade.

2. O PROCESSO DE SELEÇÃO DOS MINISTROS DO STF

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 101 que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovada a escolha deste pela maioria absoluta do Senado Federal, e deverão preencher os seguintes requisitos: a) ser brasileiro nato; b) estar no gozo dos direitos políticos; c) ter mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade; d) reputação ilibada; e, e) notável saber jurídico.

A respeito, pontua Walber de Moura Agra (2018, p. 597) que:

Notável saber jurídico significa que o cidadão, obrigatoriamente, deve ser bacharel em Direito, com robustos conhecimentos que se traduzam em sapiência nos julgamentos. Não é requisito para o ingresso no Supremo Tribunal Federal o exercício da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, nem mesmo o exercício efetivo da advocacia. O notável saber jurídico é concretizado com a obtenção do título de bacharel em Direito do indicado pelo Presidente da República e a demonstração do seu cabedal de conhecimentos jurídicos. A reputação ilibada pode ser traduzida pela exigência de que a conduta do cidadão indicado para compor o STF seja pautada dentro dos parâmetros da ética, guiando sua conduta de acordo com as obrigações morais vigentes na sociedade. Esses vetores morais devem pautar a conduta do indicado tanto no campo profissional como no campo pessoal.

Algumas críticas são feitas a essa forma de escolha. A primeira delas diz respeito a ausência de legitimidade social, na medida em que participam da escolha dos Ministros apenas o Presidente da República, representante do Poder Executivo, e o Senado Federal, casa do Congresso Nacional a qual incumbe a representação dos Estados, sem participação direta da sociedade. Ademais, os critérios são amplos e comportam discricionariedade na escolha por parte do Presidente da República, sendo de cunho estritamente político-partidário, o que abre margem para que referida escolha atenda a interesses políticos.

Tem-se ainda previsão na Constituição de que o órgão competente para julgar o Presidente da República por infrações penais comuns é do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o STF possui natureza política-institucional híbrida, ora Corte Constitucional, ora Corte de Apelação, o que pode colocar em risco a imparcialidade inerente a função de julgadores, pois o Ministro escolhido pelo Presidente para integrar a Corte irá julgá-lo, e ainda que se tenha a sabatina pelo Senado Federal, esta, infelizmente tornou-se mera formalidade a ser cumprida, pois ao longo da história apenas cinco indicações presidenciais foram rejeitadas, o que dá amplos poderes ao Chefe do Poder Executivo, que provavelmente indicará pessoas que

condizem com sua ideologia, filosofia, com seu partido político ou ainda possuem certa proximidade.

Nesse sentido destaca Daniel Brile da Silveira (2014):

Como o procedimento brasileiro de recrutamento é essencialmente pessoal, advindo de escolha liberal do Presidente, todos possuem uma proximidade com o Chefe do Executivo, seja pessoalmente ou mesmo por via indireta, através de correlacionados ao Presidente, em especial o Ministro da Justiça, o qual é o responsável pela pasta jurídica do Governo. Em uma ampla parte dos casos, os Ministros do STF são profissionais que tiveram circulação prévia no Governo ou na base partidária que compõe o Executivo. Note-se que, no período estudado, menos da metade dos Ministros advieram exclusivamente de carreiras jurídicas, sendo que o investimento político teve um importante papel na vida dos escolhidos, de modo a demonstrar que os recrutamentos essencialmente endógenos das carreiras jurídicas não predominam no Tribunal. Embora haja registro de casos, como se viu, poucos são os parlamentares que foram indicados a Ministro logo após a legislatura, sendo mais comum a vida pregressa legislativa do que a diretamente antecessora da indicação ao cargo. Nessa escalada, ao menos a partir de uma observação, a proximidade com o Executivo é estatisticamente mais sugestível à indicação do que a parlamentar.

No entanto, não se pode perder de vista que o STF é o órgão responsável por dar a última palavra com relação à interpretação constitucional, de maneira que os precedentes produzidos pela Corte são dotados de importância ímpar, pois além de vincularem as demais instâncias do Poder Judiciário e os demais Poderes, são responsáveis pela estabilização da Federação, do sistema jurídico como um todo, e do Pacto Federativo em si.

3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAS

Instituto característico da tradição *common law*, o precedente vem ganhando força no *civil law*, na medida em que as tradições não existem mais de forma pura, vez que uma exerce influência sobre a outra, o que demanda um exercício de interpretação e adaptação, a fim de que instituto não característico da tradição predominante sirva a este de maneira eficaz.

No entanto, supracitada influência não é de hoje, conforme defende Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 317) ao afirmar que o Brasil foi influenciado por ambas as tradições:

[...] em virtude da colonização portuguesa, recepcionou o sistema romano, assimilado por Portugal. Em sede de controle de constitucionalidade, adotou, a partir da Constituição de 1981, um modelo difuso de *judicial review*, de inspiração norte-americana, e, com a Emenda Constitucional n.º 16/1965, assimilou também a fiscalização abstrata da constitucionalidade, de origem europeia, através da representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Esta diversidade de influências levou à configuração do sistema constitucional brasileiro como um sistema misto de controle. [...].

Observa-se que as tradições se diferenciam logo na sua origem. A *civil law* nasceu do direito romano, e na forma como se encontra presente atualmente nos ordenamentos jurídicos, originou-se do Estado Liberal, pautado pelos ideais da Revolução Francesa, a qual colocou fim ao absolutismo e deu início ao constitucionalismo. Se vivia na época um momento de desconfiança com relação ao poder estatal, e para que este não cometesse abusos e não retrocedesse ao absolutismo, criou-se um formalismo jurídico, uma administração burocrática, de maneira que o texto legal passou a ser a forma de se alcançar a almejada segurança jurídica, liberdade e igualdade, cabendo ao juiz apenas e tão somente aplicar a lei, não a interpretar, por isso a famosa expressão juiz “boca da lei”, se transformando a norma codificada numa forma de limitar o Poder Judiciário.

Nesse sentido pontua Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 100) que:

“[...] o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. [...]”

Diversamente da *civil law*, a *common law* nasceu no direito inglês tendo como base os costumes, na medida em que, as Cortes ao decidirem davam legitimidade a direitos provenientes de referidos costumes, o que acarretou na maior importância da jurisprudência em detrimento da lei, fazendo aquela as vezes desta. Logo, a fonte primordial de ambas as tradições é diversa: enquanto da *civil law* é a lei, da *common law* são os costumes, os quais permitem o nascimento de uma jurisprudência consolidada e qualificada, hoje denominada precedentes judiciais. Marinoni (2011, p. 51) sintetiza mencionada distinção ao dizer que: “[...] enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito [...]”.

No Brasil a tradição que predomina é a *civil law*, porém esta apresentou problemas na medida em que a fixação por encontrar as soluções dos conflitos cotidianos, seja entre indivíduos, seja entre estes e o Estado, apenas e tão somente na lei, se mostrou insuficiente, pois a lei jamais conseguiria englobar todas as possibilidades de conflitos de ordem processual ou material que poderiam surgir na prática. A tradição *common law* também apresentou problemas, porém de outra ordem, isso porque apesar da possibilidade de englobar um maior número de situações concretas, em razão da flexibilidade na formação da lei, a insegurança jurídica cresceu, pois mesmas situações tinham soluções distintas em razão de serem julgadas por Cortes e magistrados diversos.

Tais problemas somados ao nascimento do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo, fizeram com que as tradições se adaptassem a nova realidade, sem abandonar suas origens.

Nesse sentido afirma Marinoni (2011, p. 42) que:

[...] A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição [...] A concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorado na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação de poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo. [...].

No Brasil, é possível vislumbrar a flexibilização do formalismo e a visão do juiz como intérprete e não apenas aplicador da lei.

Sofia Temer (2016, p. 199) traz exemplos como:

[...] falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando, por isso, qualquer atividade interpretativa e/ou criativa do direito. A constatação de que o texto legal admite variadas normas, que deve ser interpretado e que o juiz tem papel criativo no exercício da jurisdição evidenciaram a necessidade de abandonar dogmas do *civil law*, para buscar a segurança jurídica e a previsibilidade em outras fontes que não na lei, como na decisão judicial; [...] da crescente exigência de segurança jurídica, racionalidade, previsibilidade, uniformidade e coerência, mormente diante da explosão da quantidade de processos judiciais, muitos versando sobre as mesmas questões, entre outros fatores. [...].

Marinoni (2009, p. 52) descreve tal mudança ao dizer que:

Nesses casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material. [...] De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas a aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.

A partir do momento que se tem o magistrado não apenas como aplicador, mas como intérprete da lei, e a evolução na realidade social é tão rápida e dinâmica que exige que o direito a acompanhe, somada a dificuldade do legislador acompanhá-la com êxito, possibilita-se o surgimento de precedentes como importante fonte do direito, de maneira que o magistrado desempenha a função ativamente, na medida em que interpreta e adequa a previsão legal ao caso concreto.

Porém, assim como na *common law*, na medida em que se flexibiliza o formalismo jurídico e permite-se ao magistrado interpretar a norma, surge um cenário favorável a insegurança e imprevisibilidade jurídica, em razão da possibilidade de situação iguais ou semelhantes receberem soluções distintas a depender de qual Tribunal, Câmara, Vara ou magistrado ficou encarregado de julgar a causa.

Nesse sentido, explica Sofia Temer (2016, p. 31-33) que:

[...] Os meios processuais destinados à resolução de casos repetitivos evidenciam a preocupação com uma problemática contemporânea, de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos. A concentração demográfica nos centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização, a virtualização das relações jurídicas, entre inúmeros outros fatores, vêm gerando o crescimento e a repetição dos vínculos jurídicos e, por consequência, dos conflitos levados ao Judiciário. [...] Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causa de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos [...] O processo, na sua modelagem tradicional, foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada,

individualizando-se uma norma para cada caso, para cada conflito, e não para que houvesse aplicação uniforme do direito. De outro, considerando-se o sistema numa perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. [...] O cenário tem-se tornado cada vez mais preocupante, uma vez que a inadequação da tutela processual acarreta déficit de proteção às relações jurídicas e obsta o acesso efetivo à Justiça. [...].

Bruno Dantas (2009, 85-86) também fala a respeito da multiplicação de litígios:

[...] o problema é mundial e decorre, fundamentalmente, de um lado, da estrutura econômica que estimula o conflito de interesses, que se põe em xeque as relações jurídicas estabelecidas, o que parece ter sido ocasionado pela drástica mudança de um modelo agropastoril, prevalecente até início do século XX, para a sociedade industrial, e, posteriormente, para a sociedade da informação, e, de outro, a mudança de paradigma consubstanciada no paulatino distanciamento dos ideais do liberalismo e a aproximação do welfare state, com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e nas relações privadas, de modo a perseguir os interesses gerais da coletividade. [...] o movimento mundial pelo acesso à justiça, capitaneado pelo italiano Mauro Cappelletti, contribui em larga medida para o agravamento da crise, pois, à proporção que mais pessoas têm acesso à ordem jurídica, é natural que o número de processos cresça em razão direta. Não se pode olvidar ainda que o acesso à justiça reduz a litigiosidade contida, fazendo florescer contendas que, em condições adversas, não seriam levadas ao Poder Judiciário, em grave demonstração da inoperância do Estado. [...].

Diante desse risco, e da concretização do mesmo, o novo Código de Processo Civil tem como um de seus principais objetivos proporcionar uma prestação jurisdicional mais justa, ou seja, permeada de imparcialidade, igualdade, previsibilidade e segurança jurídica, e um dos meios que ele elegeu para alcançar esses objetivos foi a uniformização da jurisprudência, exemplo disso é o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

No entanto, o Código de Processo Civil de 1973 já tinha institutos que demonstravam a valorização da uniformização jurisprudencial. Exemplo disso é o artigo 557 do referido diploma processual¹, o qual foi mantido no novo Código porém no

¹ "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1.º-A 2 Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1.º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2.º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento

artigo 932, incisos IV e V, do novo Código de Processo Civil.² Outro exemplo são as súmulas, tanto as comuns quanto as vinculantes, as quais buscam evitar divergências sobre temas que se repetem frequentemente no judiciário. Pode-se citar também o Recurso Especial, cujo pressuposto de admissibilidade é a demonstração concreta de divergência na jurisprudência, ou ainda a repercussão geral dos recursos extraordinários.

Verifica-se que as reformas operadas no Código de Processo Civil de 1973 já buscavam valorizar a uniformização jurisprudencial, o que possibilitaria mais tarde a valorização dos precedentes judiciais, que se vê no novo diploma processual claramente.

Porém, importante não confundir precedente com coisa julgada, súmula ou jurisprudência. A coisa julgada é o entendimento firmado referente a determinada demanda judicial, enquanto que o precedente é o entendimento fixado a respeito de uma questão de direito, que não está necessariamente adstrita a uma demanda judicial, mas acaba por influenciar várias. A súmula é o entendimento que se firma a partir de uma análise abstrata de situações jurídicas, enquanto que o precedente está umbilicalmente ligado a análise do caso concreto. A jurisprudência representa o conjunto de decisões sobre determinado tema, enquanto que precedente, conforme mencionado em linhas alhures, é uma decisão de juiz singular ou Tribunal que se aplica a caso subsequente cuja mesma ou semelhante questão jurídica esteja sendo discutida.

Ademais, as principais técnicas para formação dos precedentes na referida tradição são *overruling* e *distinguishing*. Enquanto este preceitua que o magistrado precisa observar os elementos objetivos que deram ensejo ao precedente e aproximá-los dos elementos objetivos da causa em que pretende utilizar o precedente, aquele permite o não engessamento do precedente, ou seja, caso ele se mostre ultrapassado ou equivocado poderá ser substituído.

Nos Estados Unidos, adotou-se a tradição *common law* em razão da colonização inglesa, porém de forma flexibilizada, tendo em vista que a Suprema Corte Federal e

do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor."

² "Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;"

as Supremas Cortes Estaduais não ficam vinculadas a seus próprios precedentes, o que permite que revejam suas decisões com mais frequência afim de adequá-las a realidade que se vive por meio da técnica *overruling*. Sendo assim, o precedente sempre se forma no âmbito dos Tribunais e vincula as instâncias inferiores.

Percebe-se com isso que a tradição do *civil law* ao longo do tempo sofreu influências do *common law*, e que esta última sofreu influências da primeira, pois enquanto nos países de *civil law* valoriza-se os precedentes, nos países de *common law* codificam-se cada vez mais as leis.

4. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO NA CORTE CONSTITUCIONAL: JURÍDICA OU POLÍTICA?

Nesta toada e conforme já mencionado em linhas alhures, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trouxe clara preocupação com a concretização do princípio da segurança jurídica no tocante as decisões judiciais ao prever no seu art. 927 que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

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

§ 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.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Portanto, ainda que nenhum entendimento jurisprudencial, aqui englobando tanto precedente quanto jurisprudência, seja imutável na medida em que decorre da análise de casos concretos os quais surgem em contextos e momentos históricos distintos, fato é que o legislador buscou mediante a disposição legal supra, fazer com que a mudança de entendimento sedimentado fosse exceção, não a regra.

Não obstante, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal vão em sentido diametralmente oposto à segurança jurídica, proporcionando terreno fértil para o surgimento de questionamentos a respeito da razão que permeia a mudança de entendimento: se mudanças fáticas, jurídicas ou simplesmente políticas.

Exemplo disso é a mudança de entendimento com relação à execução provisória da pena. Até 2008 o STF entendia que proferida sentença condenatória criminal e pendente de julgamento apenas recurso sem efeito suspensivo, tais como Recurso Especial e Recurso Extraordinário, era possível o início do cumprimento de pena pelo condenado de maneira provisória ainda que pendente de julgamento os recursos em questão. Nesse sentido, segue julgado de longa data:

Os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Assim, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais é possível que o órgão julgador de segundo grau expeça mandado de prisão contra o réu (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991).

No entanto, em fevereiro de 2009 o STF mudou o posicionamento e passou a entender que a execução provisória da pena violava a Constituição Federal, mais especificamente o princípio do *in dubio pro reo*, além de representar restrição ao direito de defesa, pois haveria um desequilíbrio entre a pretensão estatal e a pretensão do réu, sendo possível, porém, a prisão, mas não a título de cumprimento de pena, mas apenas caso preenchidos os requisitos ensejadores da prisão provisória (art. 312 do Código de Processo Penal³). Nesse viés:

³ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP 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 Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. 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. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É

inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Contudo, o entendimento supracitado perdurou até 2016, quando houve então o retorno ao primeiro entendimento, qual seja possibilidade da execução provisória da pena. Os principais argumentos elencados foram: a) ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, vez que este encontra limites no ordenamento jurídico, pois sua aplicação se exaure com a confirmação da condenação em segunda instância já que os recursos cabíveis de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não comportam a discussão de fatos ou provas, mas sim matéria unicamente de direito; b) o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo de maneira que a decisão recorrida continua a produzir efeitos; c) deve haver a coexistência harmônica entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da prestação jurisdicional, atendendo-se não apenas os interesses do acusado, mas da sociedade como um todo; e, d) no direito comparado não há possibilidade de suspensão da execução da penal enquanto aguarda-se julgamento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A ementa do julgado restou assim redigida:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

No entanto, em novembro de 2019 o STF mudou novamente o posicionamento ao julgar as Ações Declaratórias de Consitucionalidade – ADCs - nº 43, 44 e 54, retornando para o entendimento no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena. Os principais argumentos da Corte Constitucional para tanto foram: a) o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, assim como o art. 283

do Código de Processo Penal, não deixam dúvidas de que a execução da pena só é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o que só acontece após o esgotamento dos recursos possíveis; b) o princípio da presunção de inocência não apresenta óbice à atividade investigativa e persecutória realizada pelo Estado, atividades estas que devem estar de acordo com o ordenamento jurídico e os direitos fundamentais nele descritos; e, c) a Carta Magna não pode ser relativizada para atender aos anseios dos poderes constituídos, assim como o Poder Judiciário não pode fundamentar suas decisões no clamor público.

Segue ementa:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se

ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando 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. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).

Depreende-se do retrospecto realizado mudança brusca de entendimento, a favor e contra a execução provisória da pena, sem que houvesse alteração na disposição constitucional ou legal, ou ainda na definição do que seria o princípio da presunção de inocência, mas apenas na composição da Corte e momento histórico que permeou o julgamento quando este foi proferido.

Nesta senda, analisando-se a alteração de posicionamento entre 2016 e 2019 percebe-se que o julgamento do Habeas Corpus nº 126292, mencionado em linhas alhures, ocorrido em 17/02/2016, em favor da execução provisória da pena, tinha como Ministro Relator Teori Zavascki, o qual foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, divergindo destes os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Já o julgamento supramencionado, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, ocorrido em 07/11/2019, teve como Ministro Relator Marco Aurélio, do qual divergiram apenas os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Percebe-se ainda que, coincidentemente ou não, enquanto em 2016 a operação lava-jato estava no seu ápice e detinha o apoio popular, a prisão em segunda instância foi entendida como constitucional. De outro lado, em 2019, vários questionamentos surgiram a respeito da legitimidade da operação e das decisões judiciais que foram proferidas nos processos decorrentes desta, época em que houve mudança do entendimento da Corte no sentido de inconstitucionalidade da prisão em segunda instância.

Portanto, referida mudança de entendimento aparenta justificar-se em alterações fáticas tais como as mencionadas (contexto vivido no momento da prolação da decisão e composição da Corte), não jurídicas, o que se mostra prejudicial para a segurança jurídica e estabilização do sistema como um todo.

CONCLUSÃO

Por conseguinte, verifica-se que a mudança drástica de entendimento com relação a prisão em segunda instância em curto espaço de tempo, sem aparente modificação jurídica, mas apenas com base em diferentes interpretações jurídicas acompanhada de mudança de composição do Supremo Tribunal Federal e de pressões para fortalecer a operação lava jato num primeiro momento e depois para enfraquece-la, mostrou-se prejudicial a segurança jurídica e colocou em risco a confiabilidade da sociedade, não apenas nos precedentes formados pela Corte Constitucional, mas na Corte em si.

Espera-se que o mesmo não ocorra com importante entendimento consolidado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, ao decidir que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica independente da pessoa física, pelo simples fato da Constituição Federal assim permitir, pois referido entendimento não fortalece apenas a operação lava jato, mas também o ordenamento jurídico em si, ao dar concretude as normas abstratas, além de possibilitar uma resposta estatal efetiva a crimes societários, tais como os investigados na operação lava jato, e ambientais, tais como os ocorridos em Mariana/MG e Brumadinho/MG.

Segue ementa nesse sentido:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto

como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF – RE 548181/PR - PRIMEIRA TURMA – Ministra Relatora Rosa Weber – julgado em 06/08/2013). [Destaquei]

Conclui-se que o atingimento da segurança jurídica e da estabilidade institucional perpassa pela necessidade de formulação de precedentes, não intransmutáveis, mais sólidos, e que só sejam alterados quando houver de fato uma mudança na sociedade e no contexto jurídico que justifiquem tal medida, o que só será possível quando houver alteração no processo de seleção dos Ministros do STF capaz de evitar que este órgão do judiciário, encarregado de dar a interpretação última do diploma constitucional, seja atingido por pressões políticas, ou ainda emita decisões deste cunho, respeitando, de fato, o princípio da independência e separação dos poderes, trazendo equilíbrio para o sistema de freios e contrapesos.

REFERÊNCIAS

BONETTI, Karina; LEONEL, Thais (coords.), 2010 apud COSTA, Beatriz Souza. **A responsabilidade da Pessoa Jurídica por Crime Ambiental: visões doutrinária e jurisprudencial**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 102, agosto 2013.

BRASIL, STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991.

BRASIL, HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

BRASIL, HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

BRASIL, ADC 43 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

BRASIL, STF – RE 548181/PR - PRIMEIRA TURMA – Ministra Relatora Rosa Weber – julgado em 06/08/2013.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. **Fighting for their place: Constitutional Courts as Political Actors**. A Reply to Heinz Klug. *Constitutional Court Review*, v. 3, p. 33-44, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, n. 49, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- PERISSINOTTO, Renato. **As elites políticas: questões de teoria e método**. Curitiba: IBPEX, 2009.
- ROBERTSON, David. **The judge as political theorist: Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. 1. ed. (1997). 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: Constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014.
- TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.