

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
FANESE**

CURSO DE DIREITO

LUCAS MOREIRA FRANCO SANTOS

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: a conformação do
entendimento jurisprudencial do STF em face do sistema
de precedentes judiciais.**

ARACAJU-SE

2018.2

LUCAS MOREIRA FRANCO SANTOS

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: a conformação do
entendimento jurisprudencial do STF em face do
sistema de precedentes judiciais.**

Monografia apresentada à coordenação do curso de
Direito da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito para a obtenção do grau de
bacharel.

Orientador: Prof. Msc. Ermelino Costa Cerqueira

ARACAJU

2018.2

S237e SANTOS, Lucas Moreira Franco.

Execução Provisória da Pena: a conformação do entendimento jurisprudencial do STF em face do sistema de precedentes judiciais / Lucas Moreira Franco Santos, 2018. 57 f.

Monografia (Graduação) - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

Lucas Moreira Franco Santos

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: a conformação do
entendimento jurisprudencial do STF em face do
sistema de precedentes judiciais.**

**Monografia apresentada à coordenação do curso de Direito da
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito para
a obtenção do grau de bacharel.**

Aprovado com média: 10,0



Prof. Msc. Orientador Ermelino Costa Cerqueira



Prof. Msc. Anderson Clei Santos



Prof. Msc. Augusto Cesar Leite de Resende

Aracaju (SE), 12 de junho de 2018.1

RESUMO

O presente trabalho é direcionado, no primeiro momento, à análise da compatibilidade da execução provisória da condenação à pena privativa de liberdade confirmada em grau de apelação, ainda que sujeita a recursos especial e extraordinário, com o princípio da presunção de inocência — ou de não culpabilidade —, elencado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. No segundo momento são analisados os reflexos do precedente judicial firmado no *Habeas Corpus* 126.292/SP julgado pelo STF no ordenamento jurídico brasileiro, diante do atual sistema de precedentes obrigatórios trazidos pelo Novo Código de Processo Civil. O objetivo geral, portanto, é analisar se há, de fato, a conformidade entre a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência e, igualmente, analisar se o referido precedente paradigmático — reafirmado em repercussão geral — está sendo seguido em outras decisões do próprio STF. Para alcançar os objetivos traçados utiliza-se como metodologia a comparação dos fundamentos trazidos por vários ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como a confrontação entre renomados doutrinadores, destacadamente, Fernando da Costa Tourinho Filho, Paulo Rangel, Fredie Didier Jr. e Nelson Nery Jr. Os resultados obtidos após a conclusão desse estudo demonstram que não há lesão ao princípio da presunção de inocência vez que, dentre outros fundamentos, destaca-se o caráter não absoluto dos princípios e a necessidade de ponderá-los com outros princípios de igual imprescindibilidade. Conclui-se também que vários ministros do próprio STF estão desrespeitando não só o precedente posteriormente reafirmado pelo rito da repercussão geral, mas também, por conseguinte, o princípio da colegialidade, repercutindo em insegurança jurídica e instabilidade na jurisprudência.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Princípio da presunção de inocência. Precedentes judiciais.

ABSTRACT

The present work is related, in the first moment, to the analysis of the compatibility of the provisional sentence execution, which still has extraordinary resources, with the principle of the presumption of innocence — or not culpability —, in the article 5º, LVII, of the Federal Constitution. In the second moment are analyzed the reflexes that the judicial precedent established in the Habeas Corpus 126,292 / SP generated in the Brazilian legal system, before the empowerment of the system of obligatory precedents brought by the New Code of Civil Procedure. The general objective, therefore, is to analyze whether there is, in fact, the conformity between the provisional sentence execution and the principle of the presumption of innocence and also to analyze if the aforementioned paradigm precedent — by the way reaffirmed in general repercussion— is being followed in other decisions. To reach the objectives outlined, use the comparison methodology of the fundamentals brought by several ministers of the Federal Supreme Court, as well as the confrontation between renowned doctrinators, notably Fernando da Costa Tourinho Filho, Paulo Rangel, Fredie Didier Jr. and Nelson Nery Jr. The results obtained after the conclusion of this study show that there is no harm to innocence presumption principle because, among other reasons, it emphasizes the non—absolute nature of the principles and the need to ponder them with others principles of equal indispensability—. It is also concluded that several ministers of the FCS are disrespecting not just the precedent subsequently reaffirmed by the rite of general repercussion but also, consequently, the collegiality principle, having repercussions on legal uncertainty and instability in the jurisprudence.

Key- words: provisional sentence execution. Innocence presumption principle. Judicial precedentes. Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC — Ação Direta de Constitucionalidade

ARE – Agravo em Recurso extraordinário

CF — Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP— Código de Processo Penal

HC— Habeas Corpus

MPF — Ministério Público Federal

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE.....	12
2.1.	A Evolução Histórica	12
2.2.	Definição.....	13
2.3.	Os Sistemas de Presunção de Inocência e Modo incorreto de Disciplinar o Tema.	15
3.	O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SUPREMA CORTE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ...	19
3.1.	A interpretação do princípio constitucional da presunção de inocência dada pelo STF.....	19
3.2.	O “Estado de coisas inconstitucional” e os reflexos da execução provisória da pena relativos ao sistema prisional.	22
3.3.	A inexatidão do trânsito em julgado no processo penal.....	23
4.	OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	25
4.1.	O common law e o civil law.....	25
4.2.	Os precedentes judiciais no direito brasileiro.	26
4.3.	Precedentes persuasivos.....	27
4.4.	Precedentes obstativos.....	28
4.5.	Precedentes autorizantes	29
4.6.	Precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante	30
4.7.	Precedente que permite revisão de coisa julgada	31
4.8.	Precedentes vinculantes	31
4.9.	O Instituto Da Repercussão Geral.....	34
5.	A subversão da repercussão geral e do Princípio da colegialidade pelos ministros do Supremo Tribunal federal.....	37
5.1.	O Efeito Vinculante da Repercussão Geral	42
5.2.	A não Observância da Repercussão Geral no ARE 964.246/SP nas Decisões Monocráticas do STF.....	44
6.	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1. INTRODUÇÃO

A análise feita pelo Supremo Tribunal Federal — STF— acerca da constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segunda instância ainda que pendente de recursos especial e extraordinário, tem sido matéria de reexame ao longo do período de redemocratização do país.

Desde a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, o tema já foi revisitado algumas vezes. Do início da vigência da Carta Magna até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, relatado pelo Ministro Eros Grau, em 05 de fevereiro de 2009, a Corte Suprema entendia ser possível o cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade imposta ao réu após acórdão confirmatório em grau de apelação. O Tribunal Supremo, contudo, após esse julgamento mudou diametralmente seu entendimento, vedando tal possibilidade, isto é, a referida execução, agora, se daria apenas com esgotamento de todos os recursos.

Esse entendimento durou apenas sete anos, uma vez que no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Tribunal Constitucional alterou novamente sua interpretação no sentido de não ser inconstitucional que após a garantia do duplo grau de jurisdição, a sanção penal aplicada já possa ser cumprida, independentemente da existência de recursos aos tribunais superiores, quer seja ao Superior Tribunal de Justiça — STJ — quer seja ao Supremo Tribunal Federal.

Embora a questão tenha sido debatida em sede de controle difuso de constitucionalidade por meio do referido remédio constitucional, foi em 11 de novembro de 2016 que pela terceira vez foi revisto o tema pela corte, desta vez pelo plenário virtual, que reconheceu a repercussão geral no agravo em recurso extraordinário — ARE— nº 964246/SP. Vale dizer ainda que o referido agravo reafirmou o entendimento já estabelecido naquele *Habeas*.

Em controle concentrado de constitucionalidade o Supremo analisou as medidas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade — ADC'S — nº 43 e 44 que foram julgadas em conjunto, não se alterando o

posicionamento da Corte mais uma vez. Ressalta-se que o mérito das referidas ações ainda está pendente de julgamento.

No HC 152752/PR, julgado em 04 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a matéria pela quinta vez desde o retorno ao regime democrático de direito. Nesse *Habeas Corpus* o plenário da corte reafirmou a tese da prescindibilidade do trânsito em julgado para executar a pena privativa de liberdade.

O que justifica o interesse pelo tema são as consequências que ele possui em todo o ordenamento jurídico pátrio. O estudo sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade proferida em grau recursal debatida pelo Supremo se mostra de relevante importância quando os reflexos da decisão produzida pela Corte afetam — seja devido ao reconhecimento da repercussão geral, seja por conta da força dos precedentes judiciais firmados pelo plenário, ainda que em controle difuso de constitucionalidade — casos iguais em todo o país. De igual relevância se mostra a análise da agressão ou não ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, elencado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Nesse sentido espera-se que novas pesquisas correlatas ao tema possam ser feitas tomando o presente trabalho como verdadeiro alicerce, não só no campo acadêmico, mas, também, por todos aqueles que tenham interesse na matéria. Apresenta-se um olhar diferenciado acerca da temática em questão, mostrando que o entendimento do STF é perfeitamente compatível com o que a Constituição Federal apregoa e que essa nova interpretação implica em justiça penal, ao contrário do que entende a corrente discordante.

O objetivo geral do trabalho é analisar se há ferimento ou não da presunção de inocência em face da execução provisória da pena privativa de liberdade e mostrar os reflexos do julgamento paradigmático no ordenamento jurídico brasileiro diante do atual sistema de precedentes judiciais trazidos pelo Novo Código de Processo Civil. Com o fito de alcançar os objetivos traçados utiliza-se, em linhas gerais, a confrontação de teses adotadas pela Suprema Corte de Justiça. Métodos *a latere* também são utilizados, a exemplo do contexto histórico. Comparações entre as análises feitas por correntes doutrinárias antagônicas são realizadas ao longo de todo o trabalho.

A natureza do estudo é eminentemente qualitativa, dada a ênfase nos conceitos, características e interpretações das teses em discussão, não se tendo o intuito de obter levantamentos numéricos e estatísticos próprios da pesquisa quantitativa. O viés descritivo e explicativo também são particularidades relativas aos objetivos somados, finalmente, ao sólido manancial bibliográfico, contando-se com alguns dos maiores especialistas em direito constitucional e processual.

No capítulo dois, o princípio da presunção de inocência é contextualizado historicamente e posteriormente definido, abordando-se também os sistemas de presunção de inocência.

O terceiro capítulo é destinado ao diálogo entre os votos mais contundentes dos ministros no *Habeas Corpus* 126.292/SP realizado em 2016, consubstanciado no julgamento paradigmático, propulsor da virada jurisprudencial do tema.

No capítulo quatro explora-se o poder de vinculação dos precedentes judiciais dentro do ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no referido julgado. No quinto capítulo é demonstrado o descompasso entre as decisões liminares dos ministros e o princípio da colegialidade.

No último capítulo demonstram-se as conclusões a que se chegou com a realização do presente trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

2.1. A Evolução Histórica

Antes de adentrar no conceito do princípio da presunção de inocência, faz-se necessário um retrospecto da evolução histórica pela qual passou o princípio até ser incorporado ao texto constitucional.

Os primórdios do princípio de não culpabilidade remontam à Revolução Francesa, guiada pelo ideário iluminista, quando foi criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que em seu artigo 9º dispõe:

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur Qui ne serait nécessaire pour s'assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi (Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê— lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,1789).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos criada em 1948 pela ONU, no pós-guerra, determinou a presunção de inocência como um direito humano de fundamental importância dispondo em seu artigo 11 que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei” (Declaração Universal dos Direitos Humanos,1948).

Na década de sessenta, em meio à efervescência das lutas pela garantia de direitos civis, surgem expoentes como o ativista Martin Luther King Jr. e Malcolm X, decisivos para a implantação da Lei dos Direitos Civis de 1964 nos Estados Unidos. Em 1966 é promulgado o Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos — no Brasil só foi incorporado em 1992 —, regulamentando e vinculando os direitos e garantias que foram estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de maneira genérica. Nesse sentido, essa norma dispõe acerca do princípio da presunção de inocência em seu art.14, inciso 2.

Outro Pacto aderido pelo Brasil e que disciplina o referido princípio é o de San José da Costa Rica — ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 —, afirmando no art.8º que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade” (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 contemplou o Princípio da Presunção de Inocência ou Princípio de não culpabilidade elencando— o no artigo Art. 5º, LVII com a seguinte redação:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. [...] **LVII— ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**”. (BRASIL,1988, grifo nosso).

2.2. Definição

A doutrina pátria comumente utiliza os termos presunção de inocência e não culpabilidade como sinônimos, não se atendo ao exato sentido que o legislador quis dar ao texto constitucional, assim, a divergência reside, em regra, quanto à interpretação dada à norma. Alguns são mais garantistas outros nem tanto.

Para o doutrinador Paulo Rangel, pormenorizadamente, o princípio da presunção de inocência não é sinônimo do princípio de não culpabilidade, ao revés, afirmando que:

Não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser considerado presumidamente inocente. (RANGEL,2014, p.24).

Para elucidar a distinção semântica entre as duas expressões o desembargador afirma que: “o que a constituição veda é considerar culpado e não presumir. O juiz, quando dá a sentença (seja condenatória ou absolutória), apenas presume.” (RANGEL,2014, p.25).

Fernando da Costa Tourinho Filho, de outra banda, em uma visão muito mais garantista adverte que: “[...] enquanto não definitivamente condenado,

presume -se o réu inocente”. (TOURINHO FILHO,2013, p.73), condicionando essa definição, sem sombra de dúvidas, ao trânsito em julgado — exaurimento de todos os recursos.

O douto processualista define o conceito de presunção de inocência:

Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético das pessoas, próprio de toda sociedade livre, com bem o disse A. Castanheira (Sumários de processo penal, Coimbra, 1967, p.26). Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados a soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. ” (GOMES,1980, p. 37 apud TOURINHO FILHO, 2013, p.73) [...] Claro que a expressão "presunção de inocência" não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela. (TOURINHO FILHO,2013, p.73)

O professor Guilherme de Souza Nucci esclarece o propósito do princípio da presunção de inocência:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado—acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado—juiz, a culpa do réu. (NUCCI,2014. p.34).

Trilhando a mesma senda, Rangel exemplifica que se um juiz condena, significa que o réu é, presumidamente, culpado e que essa decisão poderá ser refeita em instância superior, derrubando aquela presunção, e vice-versa. (RANGEL, 2014). Adverte ainda o professor:

[...] o disposto no inciso LVII do art.5º da CRFB não pode ser entendido como princípio da presunção de inocência, mas sim como regra constitucional que inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. (RANGEL, 2014, p.32).

Para essa parcela da doutrina, o princípio de não culpabilidade refere-se meramente ao ônus da prova que recai sobre o órgão de acusação, vez que se trata do sistema acusatório no qual quem alega deverá provar. Em outras

palavras, aquela parte tem o ônus de provar as alegações que são feitas e não o contrário. O réu não pode ter essa incumbência para si.

Para muitos doutrinadores, então, é possível extrair que a norma constitucional quer assegurar a não consideração do réu como culpado — nem tampouco inocente — antes do trânsito em julgado, entretanto, tão somente a presunção da culpa ou da inocência é possível. Presumir não é considerar!

Na ótica do constitucionalista Marcelo Novelino, presunção de inocência implica:

[...]enquanto instrumento de proteção da liberdade, visa a evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo indivíduos potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. [...]. No direito penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar o indivíduo como culpado antes da definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. Enquanto na pronúncia a dúvida milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), na decisão final, havendo fundada incerteza, o réu deve ser absolvido (*in dubio pro reo*). A comprovação inequívoca da culpabilidade compete ao Ministério Público. Descabe exigir do acusado a demonstração de sua inocência. (NOVELINO, 2016, p.6).

No sentido de se evitar esses “juízos condenatórios precipitados” (NOVELINO, 2016) foi que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já assentou que: “[...] o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória”. (HC: 82812 PR, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/06/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00054 EMENT VOL-02116-04 PP-00654, 2003).

2.3. Os Sistemas de Presunção de Inocência e Modo incorreto de Disciplinar o Tema.

O Professor Luiz Flávio Gomes (2016) explica que existem dois modelos para a “derrubada” da presunção de inocência no mundo. O primeiro refere-se ao sistema no qual o indivíduo só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado. Tal sistema é o adotado na maioria dos países ocidentais. O segundo é o sistema do duplo grau de jurisdição, isto é, o réu só deixa de ser considerado inocente após o reexame dos fatos e do direito em duas

instâncias. O Brasil já adotou o primeiro e após o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP passou a adotar o segundo.

No primeiro sistema, somente depois de esgotados “todos os recursos” (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). “Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra”. (GOMES, 2017).

Luiz Flávio Gomes nos ensina que, muito embora a ideia da corte tenha sido positiva em permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade após confirmação em segunda instância como forma de combate à impunidade, a forma como foi tratada a matéria está em desacerto, pois uma emenda constitucional é que deveria ter sido editada para regulamentar a adoção do novo paradigma (duas instâncias) e não uma decisão do Supremo.

Segundo o douto jurista, o legislador não está impossibilitado de regular o tema vez que o princípio da presunção de inocência não é uma garantia absoluta. (GOMES, 2017).

Refinando seu estudo, o professor lembra o texto contido na declaração produzida durante a Revolução Francesa e o Pacto San Jose da Costa Rica. Note-se que todos os tratados e documentos internacionais (desde o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) diz que a presunção de inocência se derruba “de acordo com a lei” (de acordo com a legislação de cada país). O estágio civilizado do Ocidente exige para isso o duplo grau de jurisdição. Nesse sentido é a Convenção Americana (art. 8º) assim como a jurisprudência interamericana. (GOMES, 2017, p.1).

A partir dos ensinamentos trazidos pelo jurista depreende-se que o conhecimento dos sistemas de presunção de inocência é necessário para se avaliar o quadro sistemático interpretativo ao qual o Supremo Tribunal Federal se filiou quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP.

No Brasil, era adotado o modelo do trânsito em julgado e após o julgamento do referido *Habeas Corpus* a corte passou a adotar o sistema do duplo grau de jurisdição como requisito para o cumprimento provisório da sentença penal confirmatória em segunda instância.

No que se refere ao precedente firmado pela Corte Maior, no entanto, o estudioso entende não caber à corte mudar o sistema de derrubada de presunção de inocência, essa tarefa é do legislador (GOMES, 2017). Por tanto, a decisão do STF neste H.C. apesar de ser materialmente correta, não é formalmente acertada. Em outros termos, o paradigma de presunção de inocência adotado deveria ser explícito na Constituição Federal através de uma emenda constitucional, vez que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e pode ser “temperado” pelo legislador. Não se trata, portanto, de cláusula pétrea, o legislador não está impedido de tratar a matéria.

No entendimento do jurista, o “atalho” encontrado pelo Tribunal Constitucional para regulamentar a matéria é formalmente equivocado, violando, por conseguinte, não só o texto constitucional — adepto do trânsito em julgado como aferição de não culpabilidade — mas, também, o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos que adverte que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No mesmo sentido o professor de Direito Penal da USP Pierpaolo Cruz Bottini, ao comentar a decisão contida no HC 152752/PR, aduz que:

O STF manteve uma posição contrária ao texto constitucional e ao texto legal. Pode se questionar o sistema de quatro instâncias e a morosidade dos processos, mas a arena para essa discussão é o poder legislativo, e não o judiciário”. (BOTTINI, 2018).

O jurista Nelson Nery Jr., em consonância com essa fundamentação, lembra que a função precípua de legislar cabe ao poder legiferante e não ao judiciário. A edição das leis é competência primeira do poder legislativo e de nenhum outro. Para o professor, os tribunais não devem atender ao clamor social, ao contrário, devem incorporar uma posição contramajoritária.

Ele não é legislador. No nosso sistema existem as ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão. O sistema diz “Supremo, se verificar que o legislativo está em mora, declare a mora”. O Judiciário não pode fazer a lei. O Supremo não pode obrigar o Legislativo a fazer a lei. Se ocorrem danos por conta da mora o Estado vai responder por isso, levando em conta a decisão do Supremo. [...] então o Supremo, lendo o que o povo está achando e seus anseios, pode também administrar o país. Então senta no Planalto e faz o que o Michel Temer deveria estar fazendo? Esse é argumento de nazista para justificar o injustificável. [...] existe proposta para reconhecimento do

casamento homossexual tramitando. Isso quer dizer que há déficit em relação a esse tema? Não. [...]. Essa questão de ouvir os anseios da sociedade é a contramão de uma Suprema Corte. Em qualquer país do mundo, faz parte do ser de uma Suprema Corte, a ideia de atividade contramajoritária. [...]. Uma lei que foi aprovada pelo Parlamento, o povo brasileiro representado votou aquela lei. O povo quer aquela lei. O Supremo declara a lei inconstitucional. Isso é contramajoritário. A Suprema Corte não tem que jogar para a torcida, tem que jogar contra a torcida quando for o caso. Tem a ver com a defesa de direitos da minoria e tem a ver com respeito à Constituição ainda que a maioria queira o contrário. (NERY JR.2016. p.1)

Após essa análise é de fácil compreensão que o processualista — ao menos do ponto de vista formal — não concorda com a posição adotada pela Suprema Corte no sentido de admitir a execução provisória da pena após grau recursal.

Com todas as vênias, do ponto de vista prático é de fácil percepção que o legislador não consegue acompanhar com a rapidez necessária as mudanças que ocorrem no contexto social. As demandas são muitas e exigem celeridade. O poder judiciário é o poder que mais próximo está dos problemas que a realidade social apresenta. Nesse aspecto, questiona-se: quanto tempo demoraria, por exemplo, para que o poder legislativo se manifestasse acerca da possibilidade de aborto em casos de fetos anencéfalos? E com relação à união homoafetiva? A resposta é retórica. Não se trata aqui de utilizar-se de um dado da realidade para afastar uma norma constitucional, ao revés, a norma que é tratada aqui é um princípio, e como tal, deve ser compatibilizado com outros princípios constitucionais tão importantes quanto o da presunção de inocência, como, por exemplo, o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º inciso LXXVIII.

3. O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SUPREMA CORTE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

Nesse capítulo, o estudo será feito calcado no entendimento de quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do Julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP., acerca da execução provisória da pena, quais sejam Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os dois primeiros coadunaram na tese de que é admissível que se execute a pena posteriormente a confirmação da condenação pelo tribunal revisor ordinário, os dois últimos não acolheram o mesmo entendimento.

3.1. A interpretação do princípio constitucional da presunção de inocência dada pelo STF

O ministro Teori Zavascki, em seu detalhado voto, entende que o princípio da presunção de inocência — ou de não culpabilidade — elencado pelo texto constitucional no art. 5º, LVII não é uma norma absoluta, e tem caráter dinâmico ao longo da *Persecutio criminis*. Melhor dizendo, o referido princípio deve ser “temperado” a cada nova etapa da marcha processual. Segundo Zavascki:

O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus. (STF– HC 126.292–SP. Ministro Teori Zavascki– Julgado em 17— 02— 2016)

Em outros termos, fazendo-se um panorama desde o procedimento inquisitorial até a segunda condenação é possível vislumbrar que o indiciado — ou suspeito — durante a fase de inquérito policial, tem a presunção de inocência em seu momento mais fecundo, devendo a autoridade policial fazer as diligências necessárias, nessa etapa, para que provas suficientes de autoria e materialidade sejam colhidas.

O Ministério Público, dono da ação penal passa a ter, então, o ônus de comprovar os fatos ventilados na denúncia. Uma vez que o juiz receba a petição, o indivíduo passará de mero suspeito à condição de réu — o próprio legislador já confere tratamento diferenciado a começar pela nomenclatura.

Após o julgamento e primeira condenação o status de “presunção absoluta de inocência” já tem sua força diminuída, pois nesse caso será passível de reforma ou manutenção por parte do tribunal “*ad quem*”. (RANGEL 2014).

Depois da segunda condenação a análise de fatos e provas é impossibilitada, vez que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não se prestam a essa finalidade. Nesse viés, agora, a presunção passa a ser pela pretensão punitiva estatal. Os princípios que vigoram, por ora, são os da segurança jurídica e o da efetividade da tutela jurisdicional. Ocorreria assim uma “inversão do ônus da prova”. A comprovação disso é o fato de o próprio Código de Processo Penal em seu art. 637, vislumbrando uma limitação cognitiva dos recursos extraordinários, dispor que esses apenas sejam recebidos no efeito devolutivo. Como elucida o ministro:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático— probatória.[...] Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (STF— HC 126.292—SE Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki— Julgado em 17— 02— 2016)

Coadunando nesse entendimento, o ministro Luís Roberto Barroso também adverte acerca da importância e da funcionalidade dos princípios:

Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação. (STF– HC 126.292–SP. Ministro Luís Roberto Barroso– Julgado em 17— 02— 2016)

Desse modo, é possível fazer a inteligência de que o princípio da presunção de inocência não é regra, mas, sim, um princípio que não é absoluto (BARROSO,2016). Não se trata de uma cláusula pétrea, mas de uma norma abstrata que deve ser “modelada”, ponderada ao longo da persecução criminal.

A ponderação deve ser feita contrapondo o referido princípio com outro de igual envergadura, qual seja o direito à efetividade da prestação jurisdicional consubstanciada na duração razoável do processo, elencado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. (BRASIL,1988). É dizer que o cidadão tem o direito a ver a justiça — criminal— sendo realizada sob pena de descrédito no poder de promoção de justiça estatal. A inexistência da resposta do Estado ou a sua demora desarrazoada não concretiza a efetividade da tutela da justiça criminal.

A *contrario sensu*, o ministro Marco Aurélio explana argumento diverso em seu voto, primando pela literalidade do texto constitucional:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. (STF– HC 126.292–SP. Ministro Marco Aurélio de Melo– Julgado em 17— 02— 2016)

Acompanhando a interpretação normativa do texto constitucional dado pelo ministro Marco Aurélio, o eminente decano Celso de Mello alude que:

[...] a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer — repita-se — com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (STF– HC 126.292–SP. Ministro Celso de Mello– Julgado em 17— 02— 2016).

A partir dos pontos que foram expostos é possível perceber posições interpretativas diametralmente opostas, sendo que no primeiro caso existe um

maior dinamismo na análise que, por conseguinte, está mais próximo de atender às demandas que a vida fora do direito nos impõe.

3.2. O “Estado de coisas inconstitucional” e os reflexos da execução provisória da pena relativos ao sistema prisional.

O estado de coisas inconstitucional foi tema debatido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para ser mais preciso na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347. Nela assentou-se que há no Brasil não uma lei inconstitucional, mas um “Estado” de coisas inconstitucional. Esse Estado é referente ao sistema prisional brasileiro, que está eivado de inconstitucionalidades.

Para minimizar os problemas vistos no sistema carcerário, adotou-se um “pacote” de medidas que objetivam impedir que os presídios ficassem ainda mais cheios — considerados os mais de 600 mil presos —. Nesse sentido, têm-se medidas como a obrigatoriedade de audiência de custódia ser realizada até 24 horas após a realização da prisão em flagrante, a necessidade de fundamentação por parte do magistrado aduzindo os motivos pelos quais não foi possível impor medida diversa da prisão, além da impossibilidade de contingenciamento do fundo de Nacional —FUNPEN—, tudo para minimizar o caos vivido no sistema prisional do país.

Respondendo a tese de que o STF estaria se contradizendo quando adotou o instituto do “estado de coisas inconstitucional” e por outro lado estaria levando dezenas ou centenas de milhares de presos provisórios ao cárcere, o ministro Teori Zavascki rebate, enfatizando que está se partindo de uma premissa equivocada de que a maioria das condenações em segundo grau são sempre injustas e seriam reformadas em sede de recursos extraordinário, o que, por tabela, encheria ainda mais os presídios brasileiros. (ZAVASCKI, 2016). Ao contrário, assevera o douto ministro, que as prisões provisórias é que causam o caos prisional, isto é, prisões preventivas alongadas demais, por vezes infundáveis, estabelecendo a permanência do preso -sem condenação alguma— nas masmorras brasileiras. Nas palavras do nobre julgador:

Outro fundamento invocado em abono de uma pretensa postergação dos efeitos daquele precedente é o do

reconhecimento, na ADPF 347, da existência de um “estado de coisas inconstitucional” na estrutura carcerária brasileira. O argumento parece indicar, pelo menos implicitamente, que não se deveria mais aplicar pena privativa de liberdade, o que, a toda evidência, é matéria absolutamente estranha ao objeto da questão aqui em debate. Também não se pode ter como certa a indicação que também decorre implicitamente desse argumento, que são sempre injustas – e, portanto, serão invariavelmente reformadas em grau de recurso especial ou extraordinário – as condenações impostas pelas instâncias ordinárias. Não é isso que demonstra a realidade. De qualquer modo, é importante registrar que o caos do sistema carcerário se deve, em significativa medida, ao enorme número de prisões provisórias, antes de condenação alguma, notadamente por tribunal de apelação. (STF– HC 126.292–SP. Relator Ministro Teori Zavascki– Julgado em 17— 02— 2016).

O eminente ministro Marco Aurélio, não compartilhando da mesma ideia entende que em caso de erro do poder judiciário a liberdade do indivíduo é que será tolhida, não se podendo reparar os danos sofridos com uma possível reforma e consequente indenização visto que, nesse sentido, indenizar significa retirar o dano, a lesão sofrida. Diante disso diz:

[...] perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”. (STF– HC 126.292–SP. Ministro Marco Aurélio de Melo– Julgado em 17— 02— 2016).

Vê-se, então, a completa discordância do magistrado em relação ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

3.3. A inexatidão do trânsito em julgado no processo penal

Dentre os pontos explanados pelo relator do HC 126.292/SP, ministro Teori Zavascki, está a pergunta: quando se dá o trânsito em julgado no processo penal? A resposta não foi dada pelo legislador constituinte originário e também não é encontrada na lei processual penal. Não se pode fazer analogia com o novo Código de Processo Civil — com o esgotamento de todos os recursos — vez que a revisão criminal está elencada no rol dos recursos e pode ser proposta a qualquer tempo. Ou seja, como nunca se esgotariam os recursos processuais penais não se poderia, por conseguinte, falar em trânsito

em julgado. O magistrado salienta que em termos criminais o STF tem conformado o trânsito a uma “variável ficta” trabalhada diante de cada caso (ZAVASCKI, 2016). Assim assevera o magistrado:

[...] Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de “trânsito em julgado” merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importação, para esse efeito, da legislação processual civil (“... decisão de mérito não mais sujeita a recurso” — CPC, art. 502), não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. (STF– HC 126.292–SP. Teori Zavascki– Julgado em 17— 02— 2016)

O ministro Celso de Mello apesar de não se debruçar sobre o momento em que se dá o trânsito em julgado da matéria, comenta que:

[...]a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.(STF– HC 126.292–SP. Ministro Celso de Mello– Julgado em 17— 02— 2016).

Nesse sentido é inequívoco o seu posicionamento pela ideia de trânsito em julgado com o esgotamento de todos os recursos e não com apenas a efetivação do duplo grau de jurisdição.

4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

4.1. O common law e o civil law

Dois são os sistemas jurídicos utilizados na resolução de conflitos pela maioria dos países ocidentais, quais sejam: o *Common Law* e o *Civil Law*. O primeiro de origem anglo-saxônica, iniciado mais precisamente na Inglaterra e espalhado pelas colônias britânicas — por isso a enorme importância dos precedentes nas decisões norte-americanas — e o último de berço romano-germânico ao qual o Brasil tradicionalmente adotou bem como vários outros países latinos.

O sistema romano-germânico se funda eminentemente na lei, sendo duas de suas principais características, a generalidade e a abstração da norma. Aqui, a ideia primeira é que as “regras do jogo” já estejam determinadas antes mesmo da necessidade do controle judicial.

No *common Law*, de outra banda, a valorização é muito mais da análise casuística no controle jurisdicional. Os precedentes dentro dessa sistematização são de fundamental importância vez que os casos que já ocorreram no passado influenciam como fonte principal do direito para que as futuras decisões sejam aplicadas no mesmo sentido. Diante disso o professor Nelson Nery Jr. discorre sobre o *common law*:

No sistema jurídico brasileiro existe a preeminência da lei, ou seja, da Constituição e leis em sentido lato. A Constituição diz, no artigo 5, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É direito fundamental. Há quem diga que no *common law* existem apenas os precedentes, os cases. Não é verdadeiro. No *common Law* também existe lei, mas eles têm menos leis que a gente. Eles privilegiam os acontecimentos do dia a dia da sociedade. Por essas situações, tiram o que deverá ser regido para o futuro. Mas a partir do momento em que se edita uma lei não há mais precedente [sobre aquele determinado assunto que a lei regulou]. Esse é um dado importantíssimo que os brasileiros não sabem. (NERY JR.2016).

O Brasil sempre foi adepto do sistema do *civil Law* — como os demais países de origem latina — sendo regido por sua lei maior, que é a Constituição Federal de 1988, e pela vastíssima gama de leis infraconstitucionais. Vale dizer ainda que, no entanto, nenhum sistema de jurisdição é estanque, um sempre é

mesclado pelo outro, como ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.

Os países que pertencem à tradição do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a *ratio decidendi* de um alto tribunal ser, em princípio, obrigatória para os tribunais inferiores. A criação predominantemente judicial do direito concorreu positivamente para o estabelecimento dessa racionalidade. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido. (GONET; MENDES, 2012, p.828).

No caso brasileiro, por exemplo, é possível constatar isso no controle de constitucionalidade difuso — ou via de exceção — de “matriz norte-americana, em que todos os juízes analisam se as leis contrariam ou não a Constituição”. (FERNANDES, 2014, p.1096). Para mostrar a diferença entre o *common law* anglo-saxão e o aplicado no Brasil a doutrina aduz:

Qualquer manual de primeiro ano de faculdade de Direito nos EUA ou na Inglaterra diz que havendo lei cessa a interferência da jurisprudência. Não é possível ter uma decisão da Suprema Corte dos EUA se tiver uma lei. Se não há lei o juiz ou o advogado americano vai procurar os precedentes. No sistema brasileiro, primeiro você vai na Constituição ver se existe princípios, depois na lei para ver se existe regramento. Mas também consultamos a jurisprudência. Quer dizer, no Brasil, fazemos tudo junto. O juiz ou o advogado brasileiro, para tentar achar uma solução para um caso, faz uma operação conjunta — tem a Constituição, tem o Código Civil, mas também tem um acórdão do STJ ou a súmula do Supremo. (NERY JR., 2016)

Essa referida influência dos tribunais ganha ainda mais força com o novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 estabelecendo uma dinâmica maior entre essas duas sistematizações de controle de efetivação jurisdicional ao “empoderar” os precedentes judiciais. O Art. 926 do referido *codex*, confirmando isso, estabelece que: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. (BRASIL, 2015).

4.2. Os precedentes judiciais no direito brasileiro.

Quando um juiz prolata uma sentença diante de um caso concreto essa decisão irá consubstanciar-se em um precedente judicial. Esse precedente, por

sua vez, repercutirá em casos supervenientes. É importante perceber que todo o precedente é formado pela *ratio decidendi*, que é a tese firmada no julgamento. Em outras palavras, tem-se a decisão, a tese e o precedente. Note-se que todo o precedente é uma decisão, mas o contrário não é verdadeiro.

Os norte-americanos a denominam *holding*, do verbo *to hold* que pode ser traduzido como segurar, vincular, no caso, outros juízos.

A doutrina mais moderna nos esclarece a ideia dos precedentes judiciais:

O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá. Obviamente, o tratamento jurídico desse fato variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir— lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, imputar— lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não se pode dizer, portanto, que só há precedentes em países de *common law*, há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do *common law* prestam— lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo— lhes, muitas vezes, eficácia normativa. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 453)

Os precedentes podem ser didaticamente separados segundo seu plano de eficácia. Nesse aspecto, subdividem-se em: persuasivos, obstativos, autorizativos, deseficacizantes, de revisão da sentença e vinculativos. (DIDIER Jr., BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.454).

4.3. Precedentes persuasivos

Como o próprio nome já remete, esses precedentes apenas convencem a decisão do juiz, não tendo caráter impositivo. Desta feita, o entendimento firmado pelo juízo superior vai persuadir o magistrado a tomar o mesmo posicionamento. Didier Jr, Braga e Oliveira (2015) elucidam:

[...] o precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que ‘constitui indício de uma solução racional e socialmente adequada’. Nenhum magistrado está obrigado a segui— lo; ‘se o segue, é por estar convencido de

sua correção. É a eficácia mínima de todo o precedente. Há situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo e isso tem o condão de repercutir em processos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, quando admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 1.043, NCPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, 111, "c", CF, e 1.029, §1º, NCPC). São casos em que a existência de precedentes em sentido diverso é utilizada com o mecanismo de convencimento e persuasão do julgador no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 456 e 457)

Os precedentes persuasivos são os típicos precedentes jurídicos aplicados no sistema do *common law* tradicional. Na visão de Nelson Nery Jr. (2016), as teses firmadas em casos passados influenciam os juízes futuros. Os juízes “do passado” não obrigam os “do futuro” a seguirem o mesmo entendimento, esses o fazem porque acreditam e concordam com o acerto da decisão.

4.4. Precedentes obstativos

Os arts.332, 496 § 4º e 932, IV e 1.040, I, todos do Código de Processo Civil, são exemplos de casos em que o legislador ordinário confere ao julgador a possibilidade de denegar, prontamente, o pedido feito no mérito ou até mesmo de inadmitir o pleito segundo os precedentes já firmados. Em síntese, os precedentes obstativos vão possibilitar o impedimento ao seguimento do recurso de imediato.

O art. 932 do NCPC traz que o relator obstará, observando os precedentes, devendo:

[...]III — não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

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;(BRASIL,2015)

Assim, pode-se verificar que em casos nos quais recursos queiram desobedecer aos precedentes já firmados nas hipóteses mencionadas o relator, monocraticamente, vai negar o seguimento destes.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I — O presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II — O órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III — os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior. (BRASIL,2015).

Como se pode observar no inciso I, se a *ratio decidendi* contida no precedente judicial emitido em julgamento de recursos repetitivos por Tribunal Superior for contrária ao acórdão recorrido, os processos sobrestados no tribunal de origem serão inadmitidos. Essa denegação automática é fruto do efeito obstativo, mas, sem sombra de dúvidas, também do efeito vinculante dos precedentes judiciais. O art. 1.039 do NCPC ratificando, estabelece que:

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado. (Brasil,2015)

A uniformização de jurisprudência prevista pelo art.926 do Código de Processo civil passa em grande parte pelo instituto da repercussão geral previsto nesse dispositivo, vez que os efeitos de sua denegação afetaram milhares de outros processos sobrestados.

4.5. Precedentes autorizantes

O precedente firmado quando do julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal gerou o efeito autorizante dos precedentes, isto é, a tese firmada de que a execução provisória de sentença penal condenatória proferida em grau recursal não fere o princípio da presunção de inocência, criou uma

autorização para que tribunais de todo o país ordenem a execução do título condenatório imediatamente após o julgamento do recurso em segundo grau. Adiante será abordada a interpretação dada a essa vinculação. Em outras palavras, indaga-se: existe um caráter obrigatório ou de mera faculdade para que a execução provisória da pena pendente de recursos extraordinários seja aplicada?

Outros casos de precedentes com efeitos autorizantes são trazidos por Didier Jr, Braga e Oliveira (2015):

No ordenamento brasileiro, por exemplo, a admissibilidade do recurso especial pressupõe que se demonstre a interpretação divergente conferida por outro tribunal (art. 105, III, "c", C F/88) e, para tanto, basta invocar um único precedente. Além disso, a admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe demonstração de repercussão geral, que se configura sempre que a decisão recorrida contrariar súmula do STF, precedente do STF ou tese firmada no julgamento de casos repetitivos, bem como quando a decisão recorrida reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, na forma do art. 97 da CF (art. 1035, § 3º, NCPC). (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 459)

4.6. Precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante

É o efeito emanado do precedente que retira a eficácia do trânsito em julgado (Didier Jr, Braga e Oliveira 2015). Melhor dizendo, ocorre quando a decisão judicial da qual não cabe mais recurso é rescindida. É o caso, por exemplo, da revisão criminal.

Os doutos professores explicitam o efeito rescisório de um precedente judicial antes e depois de o STF estabelecer a inconstitucionalidade de uma norma:

Pense-se, por exemplo, no caso dos §§ 12, 13 e 14 do art. 525, e dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 535, que reputam inexigível decisão judicial que se lastreie em lei ou em ato normativo tidos pelo STF como inconstitucional. Nesse caso, o precedente do STF deve ser anterior à decisão transitada em julgado para produzir o efeito de deseficacizar à decisão judicial. Se o precedente do STF for posterior ao trânsito em julgado, caberá ação rescisória (art. 966, V, e art. 525, §1 5, CPC), cujo prazo será contado da data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 459— 460).

4.7. Precedente que permite revisão de coisa julgada

Didier Jr, Braga e Oliveira (2015) aduzem que o precedente judicial que permite a revisão de coisa julgada ocorreria, por exemplo, quando o STF autorizasse a revisão da sentença que regulasse uma relação jurídica tributária, com efeitos futuros, como a relação sucessiva.

4.8. Precedentes vinculantes

O cerne deste trabalho está afeto aos precedentes judiciais com efeitos vinculantes. A ideia do novo Código de Processo Civil quando confere grande força aos precedentes é, inequivocamente, a de acabar com a álea que permeia o poder judiciário. Não é possível admitir que casos iguais produzam decisões distintas a depender do juízo prolator da sentença. A vinculação gerada pelos precedentes judiciais gera uma uniformização e estabilidade na jurisprudência, obedecendo ao mandamento contido no art. 926 do CPC.

A doutrina descreve o conceito de precedentes judiciais vinculantes:

Como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação. No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. [...]. Demais disso, deve-se ter em vista que os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927, CPC, devem vincular interna e externamente, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados. Neste sentido, o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: ‘As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 45)

O artigo 927 do NCPD dispõe acerca dos precedentes que são obrigatórios no ordenamento jurídico pátrio.

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. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Observando o referido dispositivo legal, a ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, em seu voto no HC 152752 / PR, entendeu que quando um precedente é firmado, a jurisprudência deve ser estabilizada e os tribunais devem seguir a tese consolidada. Exceto em casos que justificadamente devam ser reavaliados, naturalmente por meio do *distinguishing* ou *overruling*. Como visualizado no art. 927, III e V, do CPC:

[...] uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do art. 927, III e V, do CPC. [...] aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados, o art. 927, V, do CPC define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo art. 927, § 4º, do CPC, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência. (STF– HC 152752–SP. Ministra Rosa Weber– Julgado em 04-04-2018).

A doutrina, no mesmo sentido, aduz que os precedentes judiciais que forem originários do plenário do Supremo Tribunal Federal vinculam não só os juízes subalternos, mas, também, a própria corte prolatora da sentença, consoante o art. 927, V, do NCPC.

Uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 466).

Nesse contexto, ao referir-se à consolidação de precedentes judiciais, DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA discorrem sobre as súmulas produzidas pelos tribunais e sua imperatividade quanto aos juízos subalternos:

[...] embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais (ainda que não seja tribunal superior) **tem força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados**. Daí a previsão do artigo 926 do novo CPC, quanto ao dever genérico de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, permitindo a edição de súmula que consolide sua jurisprudência dominante (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p.461, grifo nosso).

A doutrina divergente faz duras críticas ao novo sistema de precedentes criado pelo código de processo civil. De acordo com o processualista Nelson Nery Jr. (2016) não obstante a sistematização dos precedentes judiciais ser importante para uniformizar a jurisprudência, mantendo-a instável, íntegra e coerente como preceitua o artigo 926 do *codex*, não se pode tornar esses precedentes vinculantes, é o que afirma:

Tudo que o Código disser no sentido de dar à jurisprudência unidade, conformidade, estabilidade e coerência é muito bem-vindo. Vemos hoje decisões do Supremo e do STJ em vários sentidos – uma turma pensa A, a outra pensa B. E, nós, aqui embaixo precisamos de segurança jurídica. Não podemos ter um Supremo que ora acha que aborto é crime, ora acha que não é. Essa incoerência e instabilidade o CPC busca corrigir, no artigo 926, que diz que os tribunais manterão sua jurisprudência íntegra, coerente e estável. Isso não significa engessada. A sociedade muda, o direito muda, o que pode levar a mudança na jurisprudência. Se temos um sistema de recursos repetitivos no STF e no STJ – o IRDR – para dar uniformidade no entendimento dos tribunais, acho perfeito. **Mas, no momento em que o CPC diz isso é vinculante, que todos são obrigados a respeitar, nessa parte, acho que foi demais.** (NERY JR.2016, grifo nosso).

De acordo com o doutrinador somente a Constituição Federal poderia autorizar os tribunais a editarem textos normativos vinculantes. Exemplo disso é a súmula vinculante, que para ser imperativa no ordenamento jurídico foi preciso que a Emenda Constitucional nº 45 autorizasse. (NERY JR., 2016).

4.9. O Instituto Da Repercussão Geral.

Repercussão geral em uma primeira análise é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, ou melhor, sem ele o “R.E.” não será conhecido pela corte, como se extrai do *caput* do art. 1.035 do Código de Processo Civil:

O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (BRASIL,2015).

O Supremo Tribunal Federal é a última instância jurisdicional e recebe processos dos mais variados lugares do Brasil. Contudo, não se pode admitir que tal corte seja tida como mero tribunal recursal, sendo inconcebível que questões de qualquer natureza sejam apreciadas pela corte.

A importância do mencionado instituto reside, sobretudo, do ponto de vista prático, vez que com a Repercussão Geral tem-se maior celeridade para a conclusão de milhares de processos em todo o país. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Supremo Tribunal Federal levantou dados mostrando que “os julgamentos de repercussão geral que já foram concluídos até março de 2017 abrangem cerca de 151 mil processos idênticos, paralisados nas instâncias inferiores”. (BRASIL, 2017)

Desse modo, vê-se que somente matérias que ultrapassem interesses individuais devem ser observadas pelo sistema da repercussão geral. Nesse aspecto dispõe o § 1º do art. 1.035 do código de processo civil:

Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (BRASIL,2015)

Os professores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam que “como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta”. (CUNHA; DIDIER JR., 2016, p. 365). Assim sendo, pode-se afirmar que o legislador, não obstante ter dado ampla margem interpretativa desejou também que a repercussão geral fosse trabalhada casuisticamente.

Historicamente o instituto da repercussão geral surgiu na Lei Maior com o § 3º do art.102, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que trata do

Supremo Tribunal Federal. O legislador subalterno tratou de disciplinar o tema por meio da lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. O referido dispositivo constitucional dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo— lhe:

[...]

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

§ 3º No **recurso extraordinário** o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 2004, grifo nosso).

À luz do texto constitucional mencionado é possível inferir que somente o pleno do STF poderá dizer que não existe repercussão geral na demonstração do recorrente, por conseguinte, não é possível fazê-lo monocraticamente e nem mesmo por uma turma, vez que se repita: trata-se de questão constitucional.

O revisor do novo Código de Processo Civil nos traz alguns exemplos do que seja “repercussão geral”:

É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja ‘repercussão geral’. Podemos considerá-los como **indícios de repercussão geral**.

Questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica, não por acaso o §1º do art.987 do CPC presume a repercussão geral do recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas.

É possível pressupor, ainda, que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal ‘repercussão geral’ que se exige para o cabimento do recurso extraordinário.

Já se reconheceu repercussão geral de questão objeto de processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Também tem repercussão geral a questão que, **em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade [...]** (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p.366, grifo nosso).

Após a exposição do que seja repercussão geral, o Código Processual Civilista dispõe dos casos em que sempre existirá repercussão geral, sendo a presunção de sua existência absoluta:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente (IRDR) caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I – Contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

III — tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.(BRASIL,2015)

No capítulo seguinte será abordado o instituto da repercussão geral e os seus reflexos no agravo em recurso extraordinário nº 964.246/SP, bem como suas consequências nas decisões monocráticas dos ministros da Suprema Corte, analisando-se tais decisões à luz do princípio da colegialidade

5. A SUBVERSÃO DA REPERCUSSÃO GERAL E DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

As decisões judiciais recorridas são apreciadas em instâncias superiores pelos tribunais, avaliadas, em regra, por um órgão colegiado. Excepcionalmente também pode haver casos em que o recurso seja analisado monocraticamente. O que se deve ter em mente à priori é que o princípio da colegialidade deriva, inequivocamente, do duplo grau de jurisdição. Nesse viés, um dos maiores processualistas brasileiros conjectura que:

[...] nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo— o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão. (NERY JR.1997, p.37 apud LOPES,2006, p.1)

A reanálise da questão controvertida é um direito assegurado na legislação, encontrando, contudo, divergência doutrinária quanto à posição ocupada dentro do ordenamento jurídico.

Muitos autores afirmam que o princípio do duplo grau de jurisdição está previsto implicitamente na Bíblia Política de 1988. Guilherme de Souza Nucci ensina que há duas justificativas para se chegar a essa conclusão, a primeira reside no fato de o poder judiciário ser constitucionalmente consolidado em instâncias, sendo que as superiores revisam as decisões prolatadas pelas subalternas (NUCCI,2014). A outra provem da adoção dos tratados internacionais firmados pelo Brasil com previsão no art. 5º, § 2º da Constituição Federal (BRASIL,1988).

A segunda razão provém do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, [...] Considerando-se o disposto no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos), que consagra o duplo grau de jurisdição (art. 8º, item 2, *h*), bem como levando-se em conta o disposto no art. 5º, LV, em relação à previsão da ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*, não há dúvida de que o cenário constitucional brasileiro dos direitos e garantias humanas fundamentais absorveu o princípio do duplo grau de jurisdição. (NUCCI,2014, p.111)

Sendo assim, quando a Magna Carta de 1988 consolida que os recursos serão julgados por tribunais isso implica em prever o duplo grau de jurisdição de modo implícito. (NERY JR.,1997 apud LOPES,2006).

Em sentido oposto, o douto professor Luis Guilherme Marinoni aduz que a previsão não é constitucional, vez que:

[...] se fosse intenção do legislador constitucional [...] garantir o direito ao recurso de apelação, não teria ele aberto a possibilidade da interposição de recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau de jurisdição”. (MARINONI, 2000, p.147— 148, apud LOPES,2006).

Como decorrência direta do princípio do duplo grau de jurisdição o professor Nucci explica o princípio da colegialidade:

A parte tem o direito não somente de recorrer a uma instância superior, mas de ter o seu recurso apreciado, como regra, por um órgão colegiado. Não foge à sistemática do processo brasileiro a exigência (assegurada, em grande parte, pelos Regimentos Internos dos Tribunais) de haver um colégio de juízes para julgar, em última decisão, de cada corte, os recursos de sua competência. A ideia de exaltação do sistema de turmas, câmaras ou grupos baseia-se na salutar troca de experiências, conhecimentos e dados por parte dos magistrados que as compõem. A eventual erudição de um juiz não pode ser considerada fator determinante para que ele profira uma decisão, sozinho, em grau recursal, em última instância, como regra. O fundamental é a submissão a um corpo de juízes, estimulando a discussão de teses, a contraposição de ideias e o exercício do convencimento, tudo com os olhos voltados à realização de justiça e ao aprimoramento do Direito. Não são poucos os casos em que julgadores, ao ouvirem as razões emergentes do voto proferido por outro colega, componente do colegiado, alteram sua posição e aderem a uma nova forma de visualizar determinado ponto controverso. [...]sustentamos a existência do princípio da colegialidade, como processual implícito, decorrente do duplo grau de jurisdição, mas sem perder de vista a ampla defesa, de modo a consolidar o debate salutar nas cortes brasileiras, proporcionando ao jurisdicionado a decisão mais próxima possível da justiça almejada. (NUCCI,2014, p.111)

O não seguimento ao princípio da colegialidade causa insegurança jurídica e a mudança no entendimento jurisprudencial da Suprema Corte provoca o mesmo efeito. Exemplo disso é a súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região *in verbis*: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente

da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”. (BRASIL,2016).

A referida súmula do TRF4 está, como se percebe, ligada à tese firmada pelo Supremo quando do Habeas Corpus 126.192/SP. Ao mudar seu posicionamento o texto sumulado que guardava abrigo naquele julgado perde sua força.

Em respeito ao princípio da colegialidade, a ministra Rosa Weber conquanto entenda que a execução provisória da pena proferida em grau recursal ofende a presunção de inocência, tem reiteradas vezes seguido o precedente firmado na corte em decisões liminares e até mesmo quando a questão é levada ao plenário como no *Habeas Corpus* 152752 / PR. Eis o entendimento da magistrada a respeito do princípio:

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. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. 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. [...] nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte. [...] em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional.

O professor Gustavo Badaró, de outro turno, reprovava a decisão tomada pela Ministra. Para ele o princípio da colegialidade deve ser seguido dentro das turmas, mas não no plenário — local ideal para a confrontação de argumentos — ainda que não se esteja diante do controle concentrado de constitucionalidade, mas, sim, do difuso.

[...] A posição dela no sentido de respeitar a maioria não tem justificativa quando se trata do Plenário do STF. Pouco importa se o tribunal está reunido num Habeas Corpus ou para analisar ADI ou ADC. Aliás, nos dois outros casos em que houve virada de jurisprudência do STF, em 2009 e em 2016, o que teve foi mudança de posição do STF, no Plenário, em julgamento de HC. Acho que a Rosa, com a qual concordo que na turma deve se seguir a decisão majoritária do Plenário, mesmo sendo contra convicção pessoal, errou por não dar a sua própria posição. Se tem um lugar onde todo ministro não só pode como deve, independente da natureza da peça, dar sua opinião, e é assim que se forma a maioria no STF, é no Plenário. Foi decepcionante a posição dela. Num lado ou outro, a favor ou contra, ontem foi o momento de cada ministro dar a sua posição sobre o que entende ser a presunção da inocência e limite o seu temporal. Foi frustrante ver a Rosa se escusando de dar a sua posição sob a alegação de formalidade, que se tratava de HC. (BADARÓ, 2018, p.1).

O professor de Direito Processual Penal Sergio Moro, por outro lado, ratificando o posicionamento adotado pela magistrada, adverte:

Você não pode variar os seus critérios de interpretação da lei ou os seus critérios de julgamentos segundo muda o acusado ou sem que haja uma razão relevante para mudança da jurisprudência. Isso é segurança jurídica, isso é estado de direito. (MORO, Sergio, 2018, p.1).

Como já mencionado nesse trabalho, o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, de relatoria do ministro Marco Aurélio, estão pendentes de julgamento. Depois de cinco debates sobre a tese ora em estudo, e em todas se tendo a reafirmação que a execução provisória da sentença penal condenatória proferida por tribunal recursal não compromete o princípio da presunção de inocência, a pergunta que deve ser feita é: quais as justificativas para que a apreciação das ações do controle concentrado de constitucionalidade altere a jurisprudência da Corte Maior de Justiça?

Como dito no início do presente trabalho, desde o início da vigência do Código do Processo Penal em 1941 até 2009, passando pelo estabelecimento da nova ordem constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o entendimento foi o de se permitir a execução da pena privativa de liberdade após duas instâncias. De outra banda, somente em sete anos — de 2009 até 2016 — é que o entendimento jurisprudencial foi o inverso. Então, qual a razão para em um curto espaço de tempo — apenas pouco mais de dois anos, para ser mais preciso — mudar-se o entendimento

jurisprudencial? — sem mencionar o reconhecimento de repercussão geral —. A resposta é uma só: não há justificativa!

Não existe uma mudança significativa na composição da corte, o cenário social — a mudança de entendimento não mudou quantitativamente o encarceramento brasileiro — é o mesmo daquele tido quando do julgamento do Habeas 126.292/SP. (BARROSO, Luís Roberto, 2018). Mudanças fáticas e de direito não foram percebidas em tão pouco tempo. Em outros termos, nada justifica uma reforma no entendimento que só causaria insegurança jurídica e o reestabelecimento da sensação de inefetividade da justiça penal.

Para comprovar que uma mudança de entendimento pela corte é contraproducente, o ministro Luís Roberto Barroso em seu voto traz dados estatísticos demonstrando como se dá a apreciação dos recursos extraordinários e especiais no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

O levantamento feito no Supremo mostra que em matéria penal o êxito da defesa é ínfimo.

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de absolvições, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. (STF— HC 152752 / PR. Ministro Luís Roberto Barroso— Julgado em 04-04- 2018).

O magistrado sustenta que esses dados demonstram o pífio percentual de absolvições, para ele: “subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade”. (BARROSO, Luís Roberto, 2018, p.1).

No STJ, quando se analisa os recursos especiais, os percentuais são igualmente pequenos, menos de 2% dos recursos resultam em absolvição ou substituição da pena.

A pesquisa foi realizada, a meu pedido, entre 1º.09.2015 a 31.08.2017, envolvendo as decisões das duas Turmas Criminais do Tribunal (a 5ª e a 6ª). Foram pesquisadas 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recurso especial. [...] o percentual de absolvição em todos estes processos foi de 0,62%. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. Os outros percentuais foram: prescrição – 0,76%; diminuição da pena – 6,44%; diminuição da pena de multa – 2,32%; e alteração de regime prisional – 4,57%. (STF– HC 152752 / PR. Ministro Luís Roberto Barroso– Julgado em 04-04- 2018).

Depois de observados estes números, o ministro sustenta que não há lógica nenhuma em “moldar o sistema em função da exceção, e não da regra”. Em arremate, lembra que em casos de ilegalidade e abuso de poder o Habeas Corpus é o remédio para rapidamente sanar a inconformidade apresentada. (BARROSO, Luís Roberto, 2018, p.1).

Desse modo fica evidenciado a inexistente razão para uma virada jurisprudencial que geraria ainda mais insegurança jurídica, algo que deve e está sendo combatido no ordenamento pátrio, sobretudo com a vigência do sistema de precedentes obrigatórios trazidos pelo Código de Processo Civil.

5.1. O Efeito Vinculante da Repercussão Geral

Visto os casos em que invariavelmente o sistema de repercussão geral incidirá, deve ser estabelecida, por ora, a verificação do caráter imperativo ou não do referido instituto. Em outros termos, a indagação que se erige nesse momento é: os precedentes em repercussão geral têm ou não efeito vinculante?

A possibilidade para que haja a mencionada vinculação é, exclusivamente, o caso em que o pleno da Corte Suprema reconhece a repercussão geral. Nessa hipótese o reconhecimento dispensará futuras análises sobre a mesma matéria pelo plenário e também vinculará as turmas do tribunal. Contudo, se tal reconhecimento partir de uma turma do STF — que também pode fazê-lo, basta que tenha no mínimo quatro votos já que com esse

quórum não será possível denegar o reconhecimento da repercussão geral — não há que se falar em vinculação do precedente. (DIDIER JR., CUNHA, 2016). A doutrina ainda faz alusão ao § 8º do art. 1035 do NCPC:

Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. (DIDIER JR., CUNHA, 2016, p. 373).

Bem como a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o HC 434766/PR, já se manifestou sobre a força dos precedentes judiciais reconhecidos em repercussão geral. Segundo o Tribunal da Cidadania, eles vinculam os juízos inferiores, incluído o STJ, conquanto não obrigam os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal considerou, ao julgar o precedente debatido, que no processo existia repercussão geral, e era caso de afetá-lo a seu Plenário Virtual e decidi- lo, com efeito, erga omnes, não pode este mero Órgão Divisionário de Tribunal que está debaixo da jurisdição da Corte Suprema presumir nisso uma ilegalidade, porque, por óbvio, o Juízo disso — e Juízo único — é o próprio STF. Assim sendo, este Superior Tribunal de Justiça acha-se vinculado a tal precedente. Se há decisões de eminentes Ministros do Supremo que dele discrepam, é porque o próprio Supremo não está sujeito a tal vinculação, mas aqui, no seio do STJ, nós estamos. A ideia de que o ali decidido apenas admite, esgotadas as instâncias ordinárias, a execução provisória da pena, mas não a impõe, e que exige, quando ela for ocorrer, uma fundamentação específica, é tese que se extrai não do precedente vinculante em tela, emanado do Pleno do Supremo, mas de decisões isoladas de alguns de seus Ministros, que não têm força de vinculação. (STJ– HC 434.766-PR. Ministro Ribeiro Dantas – Julgado em 06-03-2018).

Como se vê, o Tribunal da Cidadania adverte, outrossim, que a necessidade de justificativa plausível decorre de um juízo de imprescindibilidade monocrático manifestado pelos ministros da Suprema Corte, que não possui qualquer efeito vinculante — só o pleno dispõe de referido efeito —. O STJ, ao contrário desse juízo monocrático dos ministros, não acolhe a tese de que para efetivar a execução provisória da pena exige-se fundamentação especial. Como dito pelo Ministro Ribeiro Dantas, os membros do STF estão julgando conforme sua convicção, vez que não estão vinculados pelo instituto da repercussão geral, como se vê a seguir.

5.2. A não Observância da Repercussão Geral no ARE 964.246/SP nas Decisões Monocráticas do STF.

A Suprema Corte brasileira se manifestou no agravo em recurso extraordinário nº 964.246/SP, no qual foi reconhecida a repercussão geral, sobre o não ferimento do princípio de não culpabilidade face à execução provisória da pena de prisão após grau recursal, nos seguintes termos:

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL — MÉRITO DJe— 251 DIVULG 24— 11— 2016 PUBLIC 25— 11— 2016).

Depois de explanado o instituto da repercussão geral e com a constatação de seu caráter vinculante, se faz necessário o seguinte questionamento: como um julgamento no qual foi reconhecida a repercussão geral pelo plenário virtual do tribunal no recurso extraordinário com agravo 964.246 — com efeito vinculante, portanto! — não tem gerado decisões pautadas no mesmo entendimento? Em outros termos, o que justificaria que juízos subalternos e até mesmo os próprios ministros estejam decidindo de modo diferente do que fora estabelecido no julgamento paradigmático?

Não obstante não entrar na questão de vinculação ou não dos próprios ministros do Supremo diante do precedente em que fora reconhecida a repercussão geral, o Ministério Público Federal também já se manifestou por meio de parecer no sentido de afirmar que a repercussão geral cria efeito vinculante. Para o MPF o novo Código de Processo Civil estabelece que a repercussão geral contida em recurso extraordinário possui efeito vinculante, sendo assim, os precedentes criados ganham cada vez mais força. Nesse sentido, pode-se dizer que a tradição do *civil law* está cada vez mais próxima do *common law*.

O *parquet* expõe o seu entendimento acerca da força dos precedentes judiciais com destaque para aqueles firmados em repercussão geral:

Ao consolidar a autoridade dos precedentes no Brasil – que aproxima a ordem jurídica brasileira (de *civil law*, de tradição romano germânica) à ordem jurídica do *common law* –, a Lei no 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) estabeleceu o caráter vinculante erga omnes da decisão que resolve recursos extraordinários com repercussão geral. É o que consta dos artigos 489— §1º— VI, 927— I a III e 988— §5º do novo Código de Processo Civil (CPC). Assim, atualmente, a decisão do STF que resolve recurso extraordinário com repercussão geral sobre constitucionalidade de norma **tem efeito erga omnes e deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país**. O desrespeito por qualquer delas enseja reclamação constitucional. (BRASIL,2018, grifo nosso).

Para ilustrar como a decisão produzida no HC 126.292/SP e posteriormente confirmada em repercussão geral está repercutindo entre os próprios ministros em decisões liminares, são expostas a seguir algumas dessas decisões.

O eminente Ministro Marco Aurélio de Melo proferiu em 2 de maio de 2017 o seguinte julgamento:

Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo— crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.[...] O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “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”. **A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.** [...] defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório. (STF-HC 153110/DF. Ministro Marco Aurélio — Julgado em 19-02-2018).

No mesmo voto o ministro desqualifica o poder de vinculação do precedente cuja repercussão foi reconhecida no julgamento do ARE nº 964.246/SP por ter sido feito no plenário virtual da Suprema Corte.

O julgamento eletrônico também chamado pleno virtual é um instrumento criado para possibilitar que o exame da existência de repercussão geral seja feito com maior celeridade. Tendo-se o conhecimento de que somente o pleno pode desconhecer o instituto, encontrava-se um óbice, pois como são demandas de todo o país, demorar-se-ia muito para que todas essas fossem levadas ao pleno. Diante disso, foi feita uma alteração regimental — emenda regimental nº 21 de 2007 — para conferir maior dinamismo e rapidez na apreciação da existência da repercussão geral. (DIDIER JR., CUNHA, 2016).

Desse modo, um mecanismo que possui tais propósitos não pode ser apequenado pelo argumento de “ausência de debates”, vez que eles efetivamente ocorrem.

O Ministro Celso de Mello, em sua peculiar visão garantista, também decidiu de forma diferente do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246 do plenário da corte.

Ao participar dos julgamentos que consagraram os precedentes referidos, integrei a corrente minoritária, por entender que a tese da execução provisória de condenações penais ainda recorríveis transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado da decisão condenatória (CF, art. 5º, LVII). Antes desse momento — é preciso advertir —, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, como vinha advertindo, em sucessivos julgamentos, esta Corte. (STF-HC 153431/SP, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 26/02/2018).

Não obstante o Ministro Gilmar Mendes no HC 126.292/SP ter entendido em seu voto que a execução provisória de condenação penal não fere a presunção de inocência, em decisões monocráticas, todavia, reiteradamente, vem decidindo de modo divergente, culminando a sua mudança de posicionamento no julgamento do *Habeas Corpus* 152752/PR. O eminente magistrado acompanhou o voto do Ministro Dias Toffoli no sentido de se executar a pena apenas após a reanálise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme mostra a decisão abaixo.:

Conforme asseverei ao apreciar o pedido de liminar no HC 146.818 MC/ES, DJe 20.9.2017, os Ministros do STF, monocraticamente, têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. Todavia [...] no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.6.2017), manifestei minha tendência em **acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.** (STF-HC 146818/ES Ministro Gilmar Mendes - julgamento em 18/09/2017, grifo nosso).

O constitucionalista tem advertido que a conclusão posta pela Corte Suprema foi a do entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão prolatado em grau recursal, e não que existe uma obrigatoriedade da execução imediata. Esse precedente judicial para o ministro tem, claramente, eficácia autorizativa e não um caráter vinculante.

O que o Supremo disse na ocasião foi que **se poderia dar condições para execução da pena após condenação em segunda instância, mas passou-se a entender isso como imperativo**, como se o Supremo estivesse autorizando prisões em segunda instância sem qualquer avaliação quanto a controvérsias, possibilidades de recursos, observância da jurisprudência de tribunais superiores. (MENDES, 2018, p.1, grifo nosso).

Nesse ponto o professor Luís Henrique Machado afirma que o Supremo quando julgou o *habeas corpus* 152752/PR repetiu o mesmo erro cometido nos julgados anteriores a respeito do tema, ou seja, a Corte novamente não se debruçou acerca da possibilidade ou obrigatoriedade da decisão, fragilizando, desse modo o princípio da segurança jurídica. Comenta o douto professor *in verbis*:

Apesar de se tratar de um julgamento de HC, de índole subjetiva, o tribunal perdeu uma excelente oportunidade para definir se a execução provisória é facultativa ou obrigatória. A Corte pecou por não estabelecer parâmetros. Como o *habeas corpus* ganhou feição objetiva, isto é, tornou-se uma referência para as outras causas, importante seria aprofundar a discussão. Infelizmente, o regime lotérico continuará seja por meio de concessão de liminares assegurando o direito de ir e

vir, seja ao denegar automaticamente a liberdade, a depender do relator sorteado para o processo. (MACHADO,2018, p.1)

Essa questão é de suma importância pois os tribunais do país estão dando interpretações diferentes à matéria. O TRF4, como visto, já editou inclusive súmula a respeito do tema, imprimindo o dever da execução. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também tem entendido que a execução provisória da pena pendente de recursos extraordinários deve ser cumprida imediatamente, configurando-se o caráter impositivo da ordem.

Conquanto a maioria dos tribunais do país estejam acompanhando o entendimento disposto pelo Supremo, alguns tribunais têm decidido diferente, é o caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Não obstante o posicionamento chegado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e 44, o art. 5º, LVII, da CR/88, é muito claro ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não cabendo reinterpretação daquilo que é literalmente compreendido, sob pena de se reescrever preceito tido, por força do art. 60, § 4º, IV, como cláusula pétrea por nossa Constituição da República. Ainda que tivesse sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, o que por ora não ocorreu, o controle incidental, apesar de ter força de orientação jurisprudencial, não vincula as decisões dos magistrados e tampouco dos tribunais de segunda instância. (TJ/MG. Apelação Civil 1.0476.15.001737-6/001 Relatora Des. (a) Beatriz Pinheiro Caires. Julgado em 15/03/2018).

O ministro Ricardo Lewandowski, julgando um caso no qual foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade em primeiro grau, mas com a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça, deu sua interpretação ao julgamento feito no *Habeas Corpus* 126.292/SP. Nesse julgado, o acusado recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação e determinou o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade.

O magistrado ao julgar esse caso entendeu que tal medida só deve ser tomada quando subsistir uma excepcionalidade no caso concreto. Em outros termos, somente quando existir justificativa suficientemente necessária é que

deverá ser executada imediatamente a pena. Nesse viés, inequivocamente, o Ministro entende que há uma possibilidade e não uma obrigatoriedade no entendimento firmado pela corte, como deixa claro no julgamento:

A concessão de liminar em habeas corpus se dá de forma excepcional, nas hipóteses em que se demonstre, de modo inequívoco, dada a natureza do próprio pedido, a presença dos requisitos autorizadores da medida. [...] o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário — cumpre registrar — de modo a dotá-lo de efeito erga omnes e força vinculante. [...] Trânsito em julgado difere substancialmente — como é óbvio — de julgamento em segundo grau. [...] **A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar” (grifo do autor).** No caso sob exame, igualmente, ficou consignado no dispositivo do acórdão que julgou a apelação defensiva que o paciente só poderia ser preso depois do trânsito em julgado da condenação, impedindo, por conseguinte, que o STJ determine sua prisão depois de julgados os recursos naquela Corte, mas pendente de julgamento agravo regimental nesta Suprema Corte. (STF— HC 145856 SP. Ministro Ricardo Lewandowski - Julgado em 17/08/2017).

A ministra Rosa Weber, por seu turno, tem se posicionado, ao contrário de muitos ministros, tanto no âmbito das turmas quanto em decisões monocráticas, no sentido de respeitar o princípio da colegialidade e na obediência aos precedentes judiciais, conquanto não concorde com a doutrina quanto ao poder de vinculação dos precedentes judiciais firmados em recursos extraordinários nos quais é reconhecida a repercussão geral. Segundo a ministra esses precedentes têm efeito *erga omnes*, mas não vinculante, próprios apenas das súmulas vinculantes e do controle concentrado de constitucionalidade:

Não obstante, ainda que a decisão proferida por esta Suprema Corte em repercussão geral careça da força do efeito vinculante propriamente dito, penso que o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de levar em conta que, na jurisdição constitucional, a coisa julgada — se é que o conceito é adequado — transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos. Assim, o fato de carecer o decisum proferido no regime repercussão geral de efeito vinculante em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua

observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito [10]. A doutrina do precedente, hoje acolhida no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição. O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade. (STF– HC 152752–SP. Ministra Rosa Weber– Julgado em 04-04-2018).

Dessa maneira, para a ministra a repercussão geral teria efeitos persuasivos e não vinculantes, levando não a uma imposição, mas a uma necessária observância. De outra banda, com fulcro no comportamento da Corte Suprema é possível sintetizar que os ministros utilizam os mais variados fundamentos para decidir de modo diverso ao precedente firmado.

Alguns argumentos ventilados pelos ministros apontam para a existência da possibilidade e não a obrigatoriedade da execução provisória, outros afirmam que o precedente estabelecido não é vinculante — mesmo tendo sido conhecida a repercussão geral— e existem ainda aqueles que aduzem que a tese deve ser imposta em situações excepcionais e verificadas no caso concreto diante das peculiaridades. O produto dessa falta de uniformidade e estabilidade é um só, repita-se à exaustão: insegurança jurídica!

Invocando novamente os ensinamentos dos professores Fredie Didier Jr. e Paula Sarno de Oliveira para tratar de um dos objetivos dos precedentes judiciais, mais precisamente da previsibilidade das decisões, parte integrante do princípio da segurança jurídica, tem-se:

Sucedê que não é apenas em relação ao passado que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. Isso se verifica ainda mais quando se observa a importância que os precedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. **Ao conferir— lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa previsibilidade quando à atuação do Estado— juiz.** (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 469 e 470, grifo nosso).

Não se deve olvidar ainda que a não observância ao princípio da segurança jurídica contribui sobremaneira para a instabilidade da jurisprudência, que repercute, por via de consequência, em tribunais do país todo. A partir do cenário decisório exposto dentro do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar também que os ministros monocraticamente decidem de modo contrário ao estabelecido pelo pleno, havendo um desrespeito ao princípio da colegialidade.

6. CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado é possível concluir que a justificativa para a realização do presente trabalho decorre da irremediável necessidade de se discutir sobre a compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988 e a execução provisória de sentença penal condenatória confirmada em sede de apelação passível de reanálise por Tribunais Superiores. Outro fundamento para a feitura desse estudo são os reflexos da referida execução provisória da penal em todo o ordenamento jurídico brasileiro, dado o sistema de precedentes judiciais vigente no Brasil trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

Com a realização da presente monografia, tem-se, primeiramente, o objetivo geral de analisar se há ou não compatibilidade entre a execução provisória da pena, ainda que passível de recursos especial e extraordinário, e o princípio da presunção de inocência. O resultado alcançado foi a resposta positiva, vez que dentre outros fundamentos para essa constatação, sabe-se que princípios são normas não absolutas, e podem ser passíveis de ponderação como outros princípios de igual envergadura, tais como a duração razoável do processo, da segurança jurídica e efetividade da prestação jurisdicional.

No segundo momento foi feita a análise dos reflexos que o julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 126.292/SP, que provocou a virada jurisprudencial no entendimento da Corte acerca da matéria, produziu no ordenamento jurídico brasileiro, diante do “empoderamento” do sistema de precedentes judiciais. O objetivo foi atingido tendo como resultado a constatação de que muitos dos ministros do próprio Tribunal Constitucional, em decisões monocráticas, e tribunais de todo o país, não estão seguindo o precedente firmado pelo pleno do tribunal, indo de encontro ao sistema de precedentes obrigatórios estabelecido pelo Novo Código e Processo Civil, bem como à vinculação dos precedentes nos quais é reconhecida a repercussão geral em recursos extraordinários, atuando em desacordo, inclusive, com o princípio da colegialidade.

Do ponto de vista acadêmico o intuito é que estudos correlatos ao tema possam ser alicerçados pelo presente trabalho. Sugere-se como tema para novas abordagens a terceira corrente que foi idealizada pelo Ministro Dias Toffoli e seguida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *habeas corpus* 152752/PR, no sentido de que a execução provisória da pena se dê apenas após a confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília DF, 16 de Març. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015—2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 març. 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto— lei n. 3.689, **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto—Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **(22 de 08 de 2017). MC HC: 145856 SP — SÃO PAULO 0007446—72.2017.1.00.0000**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 17/08/2017. Acesso em 16 de 03 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492487498/medida—cautelar—no—habeas—corpus—mc—hc—145856—sp—sao—paulo—0007446—7220171000000>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

_____. **HC: 82812 PR**, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/06/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27— 06— 2003 PP— 00054 EMENT VOL— 02116— 04 PP— 00654, 2003. Disponível: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744632/habeas—corpus—hc—82812—pr>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

_____. **(20 de 09 de 2017). MC HC: 146818 ES — ESPÍRITO SANTO 0008768—30.2017.1.00.0000**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 18/09/2017, Acesso em 16 de 03 de 2018, disponível em: <JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501069378/medida—cautelar—no—habeas—corpus—mc—hc—146818—es—espírito—santo—0008768—3020171000000>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

_____. **(23 de 02 de 2018). MC HC: 153110 DF — DISTRITO FEDERAL 0065874— 13.2018.1.00.0000**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 19/02/2018. Acesso em 16 de 03 de 18, disponível em JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548853817/medida—cautelar—no—habeas—corpus—mc—hc—153110—df—distrito—federal—0065874—1320181000000>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

_____. **(28 de 02 de 2018). MC HC: 153431 SP — SÃO PAULO 0066369—57.2018.1.00.0000**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 26/02/2018. Acesso em 16 de 03 de 2018. Disponível em:< JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550515761/medida—cautelar—no—>

habeas— corpus— mc— hc— 153431— sp— sao— paulo— 0066369— 5720181000000>. Acesso em 17 de abr. 2018.

____ Ministério Público Federal. **Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44.** Relator: Ministro Marco Aurélio. 5 de março de 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_PARECER_ADSCS_43_e_44_Execuo_Provisria.pdf/view>. Acesso em 12 març.2018.

____ Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 434.766/PR.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto— ministro— ribeiro— dantas.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

____ Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078— 7 Minas Gerais.** Paciente: Coelho Vitor. Impetrante: Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Brasília, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2017.

____ Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292— São Paulo.** Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 10 nov. 2017.

____ Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152752— Paraná.** Relator Min. Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2018.

____ Supremo Tribunal Federal. **Suspensão julgamento de HC que questiona início de cumprimento de pena determinado pelo STJ— Brasília.** Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=351820&caixaBusca=N> Acesso em: 16 mar. 2018.

____ Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>> Acesso em: 10 nov. 2017.

____ Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246 RG— São Paulo,** Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>> BADARÓ, Gustavo. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MACHADO, Luís Henrique. **Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018— abr—>

05/especialistas— analisam— decisao— stf— aceita— prisao— antecipada
>. Acesso em: 10 de Abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da quarta região. **Súmula nº 122. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.** Disponível em: <
https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12527>. Acesso em 05 abr.2018.

CONSULTOR JURÍDICO. **Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena.** Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em 17 de abr. 2018

CONSULTOR JURÍDICO. **Apelação civil** Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tjmg-prisao.pdf> >. Acesso em 08 mai. 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil — v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional Curso de Direito Constitucional — 6ª Ed.** Salvador: JusPODIVM,2014.

G1. **Moro elogia voto de Rosa Weber e diz que não se pode variar a interpretação da lei conforme o acusado.** Disponível em: <
<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/moro-elogia-voto-de-rosa-weber-e-diz-que-nao-se-pode-variara-interpretacao-da-lei-conforme-o-acusado.ghtml> > acesso em: 10 de abr.2018

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <
<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-violacorte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>> acesso em 06 out. 2017.

LOPES, Eduardo Bedo. **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: aspectos gerais e as contradições inerentes a sua natureza jurídica.** Disponível em: <
<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2724/Principio-do-Duplo-Grau-de-Jurisdicao-aspectos-gerais-e-as-contradicoes-inerentes-a-sua-natureza-juridica>>acesso em: 02 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

NERY JR., Nelson. **Núcleo duro no Novo CPC é Inconstitucional**. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/nucleo—duro—novo—cpc—e—inconstitucional—diz—jurista—21122016>> acesso em 02 Abr.2018

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 11 eds. rev. e atual– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Princípio da Colegialidade**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o—princípio—da—colegialidade> > acesso em 31 març. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANCHES, Rogério. **Execução provisória da pena**. Disponível em: < <http://meusitejuridico.com.br/2017/02/07/execucao—provisoria—da—pena/>>. Acesso em 28 nov.2017

STRECK,Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf> > acesso em 11dez.2017

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo penal**, 16. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.