

**PELA ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES: ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***FOR THE STABILITY OF PRECEDENTS: ANALYSIS OF THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE BY THE FEDERAL SUPREME COURT***Andressa de Liz Sampaio¹****João Rafael de Oliveira²****William Soares Pugliese³**

RESUMO: O cenário jurídico é dinâmico e vive em constante alteração, motivo pelo qual as leis não são suficientes para regular a vida em sociedade. A tradição que o Brasil segue é a romano-germânica, ou seja, o direito brasileiro é pautado na *civil law*, que tem a lei como meio de solução de conflito aplicada pelo magistrado ao caso concreto. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe deveres ao magistrado de modo a construir entendimentos dos tribunais que possam servir de fundamentos para outras decisões em casos semelhantes. São os chamados precedentes. O Supremo Tribunal Federal tem importante papel na formação de precedentes e recentemente, em decisão em controle concentrado de constitucionalidade, firmou novo precedente acerca da presunção de inocência, revogando precedente anterior de 2016 que possibilitava a execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. Essa decisão retoma o respeito à Constituição Federal de 1988, mas traz à tona questões importantes como segurança jurídica e unidade do Direito, que serão trabalhadas neste artigo.

Palavras-chave: Precedentes; Segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal; Princípio da presunção de Inocência; Decisões.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCuritiba; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP; Advogada Sócia-fundadora do Escritório Valle & Sampaio Advocacia e Consultoria Jurídica. andressasampaio@vallesampaio.com.br

² Doutorando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Mestre em Direito do Estado com ênfase em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST e graduado em Direito - Unibrasil (2010), atuando principalmente nos seguintes temas: Direito e Processo Penal. Professor de Direito Processual Penal na UNIBRASIL e coordenador adjunto da pós-graduação em direito penal e processual penal da ABDCONST. Advogado Criminalista no escritório Monteiro Rocha Advogados

³ Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil (Mestrado e Doutorado). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil (Novo CPC) da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado.

ABSTRACT: The legal scenario is dynamic and it is constantly changing, which is why laws are not enough to regulate life in society. The tradition that Brazil follows is Roman-Germanic, that is, Brazilian law is based on civil law, which has the law as a means of conflict resolution applied by the magistrate to the specific case. The 2015 Code of Civil Procedure, in turn, brought duties to the magistrate to build court understandings that could serve as grounds for other decisions in similar cases. They are the so-called precedents. The Federal Supreme Court has a key role in setting precedents and recently, in a decision on substantiated control of constitutionality, set a new precedent on the presumption of innocence, revoking previous precedent of 2016 that allowed defendants still guilty in the second instance to be arrested. This decision resumes respect for the Federal Constitution of 1988, but brings up important issues such as legal certainty and unity of law, which will be addressed in this article.

Key-words: Precedents; Legal security; Federal Court of Justice; Principle of innocence; Decisions.

Sumário: 1. Introdução; 2. Coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais: o dever de uniformização da jurisprudência; 3. O papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos que servirão de precedentes; 4. O julgamento das ADC's 43, 44 e 54 e o cenário jurídico atual frente à teoria dos precedentes; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao determinar a uniformização da jurisprudência e conferir aos tribunais a tarefa de mantê-la estável, íntegra e coerente. Essa disposição está expressa no art. 926, do Código de Processo Civil, como medida imposta ao magistrado e aos tribunais de modo a garantir a segurança jurídica no ambiente jurisdicional, em consonância com o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. A atividade de uniformização depende, essencialmente, da prática reiterada de decisões pelos órgãos julgadores, pois esta é a técnica mais tradicional pela qual o Poder Judiciário se predica. A tomada de decisões também é objeto de tratamento legal, pelo art. 489, do referido Código, na medida em que as decisões devem conter relatório, fundamentação e dispositivo e que a fundamentação deve ter requisitos específicos.

Estas regras contribuem, ainda, para a construção de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste aspecto, os tribunais têm sido essenciais para esta empreitada, principalmente o Supremo Tribunal Federal. A corte constitucional tem, com frequência, destacado a importância de suas decisões anteriores para a apreciação de novos

casos.

A questão que se pretende enfrentar neste artigo, porém, é a possibilidade, ou não, de a formação de um precedente ultrapasse os limites impostos pela Constituição Federal. Parte-se, para examinar este problema, de decisão de 2016 na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus n. 126.292-SP, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu, por maioria de votos, pela possibilidade de execução da sentença condenatória antes do seu trânsito em julgado, viabilizando a prisão em segunda instância.

Esse entendimento orientou toda a execução penal brasileira até que sobreveio novo pedido, por meio de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que trouxeram a questão novamente ao debate da Corte Constitucional. Com isso, em outubro de 2019, sobreveio a decisão no julgamento das ADC's 44, 45 e 54, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que revisitou a interpretação constitucional e julgou, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, determinando a impossibilidade da execução da pena em segunda instância, devendo o réu ser considerado culpado, com as consequência daí decorrente, apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse contexto de mudança de orientação jurisprudencial em breve espaço de tempo dá ensejo a diversos questionamentos, teóricos e práticos, como: como ficam aqueles réus que, no período de vigência da orientação firmada em fevereiro de 2016, foram presos após o julgamento de recurso em segunda instância? O Estado se responsabilizará em caso de julgamento final pela inocência do réu que ficou preso? E, especialmente, questões processuais, como: o precedente de 2016 serviu como meio para aprisionamento de réus após o julgamento de recurso em segunda instância, em desacordo com a Constituição Federal, e em 2019 foi superado, pelo mesma Suprema Corte, mediante análise da mesma norma constitucional. Logo, a teoria dos precedentes está preparada para ser aplicada nos julgamentos pelas Cortes Superiores no Brasil?

O presente estudo objetiva, portanto, analisar a teoria dos precedentes a partir da instabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através da análise dos julgamentos do Habeas Corpus n. 126.292, de 2016 e das ADC's 44, 45 e 54 de 2019.

2. COERÊNCIA, INTEGRIDADE E ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: O DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como uma de suas principais discussões, o dever de uniformizar a jurisprudência, a fim de mantê-la coerente, íntegra e estável. Acontece que o legislador ordinário não definiu os adjetivos atribuídos à letra da lei do art. 926 do referido Código, ficando a função de dar sentido à norma para a doutrina e para a própria jurisprudência.

É certo que as decisões judiciais devem ser justificadas e, a partir disso, merecem atenção quanto ao grau de coerência que será empregado na sua fundamentação, “desde que tais decisões tenham resultado de processos de otimização da coerência que considerem o contexto e sejam realizados por decisores epistemologicamente responsáveis” (PUGLIESE, 2017, p. 86).

A coerência deve servir para tornar uma decisão compreensível, factível do ponto de vista do receptor da mensagem empregada no conteúdo decisório. Uma das principais vozes a respeito do tema, Neil MaCCORMICK traduz a coerência como um compilado de normas que devem fazer sentido entre si, e explica que:

Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas “façam sentido” em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. (...) Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória, ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível serem humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de uma bem comum do qual todos participam. Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é a função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória (MACCORMICK, 2008, p. 252-253).⁴

Há a necessidade, ao que se nota, de buscar o melhor argumento possível para expressar o sentido da decisão, já que a ideia é preservar o sentido do ordenamento jurídico quando o Poder Judiciário é provocado por seus jurisdicionados.

⁴ Registre-se que o autor trabalha a coerência normativa neste tópico, diferentemente da coerência fática, trabalhada pela doutrina da Amalia Amaya.

No que diz respeito ao dever de integridade, não há como deixar de registrar o aprofundamento do estudo realizado por Ronald Dworkin em *O Império do Direito*, no qual o autor traduz a integridade como elemento do direito, na medida em que os princípios da justiça, equidade e do devido processo legal são elementos essenciais para manter o direito como integridade, afastando-se do convencionalismo e do pragmatismo jurídico⁵, de modo que cumpre aos juízes decidir os casos com base na melhor interpretação extraída da norma (DWORKIN, 2014).

Seguindo a linha do mencionado autor, o direito como integridade é dever de atribuição de sentido da norma, inclusive extraíndo e trabalhando princípios que dela advenham, a fim de justificar uma decisão e mantê-la íntegra no ordenamento jurídico, cumprindo com sua função.

Trazendo essa brevíssima análise da integridade do direito é possível propor a compreensão de integridade como elemento capaz de compor um julgado que servirá de base para decidir outro igual, nos termos do que o legislador ordinário previu quando escreveu a letra do art. 926 do Código de Processo Civil.

As decisões judiciais devem manter a integridade do direito, não podendo romper com o ordenamento jurídico, excetuando-se as hipóteses de melhor interpretação sobre um caso já decidido. De resto, as decisões judiciais devem se manter íntegras até mesmo porque servem como meio para manutenção da segurança jurídica tanto aos jurisdicionados, quanto à sociedade em geral, que guarda respeito ao Poder Judiciário.

Já no que diz respeito ao dever de manutenção da estabilidade das decisões há que se considerar os fundamentos do sistema judicial brasileiro, já que o legislador deixou ainda mais obscuro o que quis dizer com “mantê-la estável”. Deste modo, como não há um pensamento jurídico acerca do conceito de “estabilidade”, necessário se faz revolver a tradição jurídica que o Brasil aderiu para então correlacioná-lo à intenção do legislador na atribuição da estabilidade como elemento formador de precedente.

⁵ Para Dworkin, o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Uma vez aceito o convencionalismo, o juiz não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo quando for decidir um caso específico. Já o pragmatismo jurídico representa o modo instrumental de pensar do Juiz sobre as melhores regras para o futuro. Ele nega que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado.

Duas tradições jurídicas são comumente conhecidas no ambiente jurídico: a *common law* e a *civil law*. A tradição da *common law* se desenvolveu partindo da preocupação com a análise dos casos em si e com a aplicação do chamado “direito comum” que regulava a sociedade, pois não havia codificação. A função do magistrado anglo-saxônico é partir da premissa do fato que lhe fora colocado, examinando-o e aplicando uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível⁶.

Já na tradição *civil law*, o centro do ordenamento são os códigos e, portanto, a lei. Cabe ao magistrado aplicar a lei ao caso, pela lógica da subsunção⁷. A premissa da tradição romano-germânica a disposição legal e não as disposições do fato, como na *common law*.

Ao que se percebe, portanto, é que a principal diferença entre as tradições é o método de aplicação do direito de modo a solucionar o caso (PUGLIESE, 2016, p. 21-38).

Pois bem, vencida a breve explanação acerca das tradições jurídicas é possível prosseguir e afirmar que o Brasil aderiu à tradição romano-germânica, ou seja, a *civil law*, na qual os magistrados partem da aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, essa opção não inviabiliza que se utilize da teoria dos precedentes no direito brasileiro, mas, ao contrário, permite que ela seja amadurecida frente à previsão que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a seara jurisdicional.

A estabilidade das decisões está, portanto, diretamente ligada ao modelo que o Código Processual buscou aplicar partindo da premissa de aplicação da teoria dos precedentes num ambiente de *civil law*, pois “o que a estabilidade sugere é que as próprias cortes tenham cuidado de preservar os entendimentos que devem ser preservados e que realize as alterações com o maior cuidado” (PUGLIESE, 2017, p. 135).

A estabilidade de uma decisão não pode significar que ela seja para sempre aplicada. Ao contrário, ela deve ser entendida como forma de garantia de unidade do direito, de segurança ao jurisdicionado, que tem o direito de se antever ao que será decidido em seu caso, de modo a evitar que haja dois ou mais casos iguais, com soluções distintas, podendo, por certo, serem adequadas de acordo com as alterações sociais e, por que não, legais.

⁶ Ver, nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ Sobre a relação entre o magistrado e a norma, ver MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Todos esses três elementos levam à construção da uniformização do Direito. A formação legislativa acerca do texto da lei não é e não pode ser suficiente para buscar essa uniformidade, na medida em que o legislador não é capaz de prever todas as situações passíveis de conflitos. Logo, entra em cena a necessidade de criação e formação de decisões judiciais que, após longa análise do caso e da lei que será aplicada ao caso, garanta um ambiente uniforme e seguro de solução de conflito.

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE CASOS QUE SERVIRÃO DE PRECEDENTES

Vencida a etapa de análise dos elementos atribuídos ao art. 926, do Código de Processo Civil, para formação de precedentes, imperioso se faz, antes de adentrar na constitucionalidade do princípio da inocência, entender o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedentes.

O estudo se voltará apenas ao Supremo Tribunal Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça pois é a partir da decisão daquele, enquanto Corte Constitucional, que surgiu a discussão da constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância e a mitigação do princípio constitucional da inocência.

Pois bem, os precedentes, ainda que não sejam novidade no ordenamento jurídico brasileiro, agora ganharam *status* legal neste ambiente, pois a previsão do art. 926 do Código de Processo Civil é expressa e representa a positivação do direito numa tradição *civil law*.

A Constituição já previu, antes do regramento processual, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar recursos que tenham repercussão geral e outras ações de competência originária ou em grau recursal proveniente do Superior Tribunal de Justiça.⁸

⁸ Letra do art. 102 da Constituição Federal, que prevê: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança

Portanto, a competência do Supremo é delineada por norma constitucional e suas decisões têm efeitos que podem surtir entre as partes ou se estender à toda a sociedade, mas especialmente, suas decisões têm o dever de exprimir a interpretação da lei atribuindo sentido à norma constitucional e, a partir disso, criar precedentes.

Luiz Guilherme MARINONI ensina que “o direito modelado pela Corte Suprema tem que ter estabilidade, de modo que os precedentes obrigatórios se tornam indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não mais dependam apenas da lei”. E continua explicando que “a força obrigatória do precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema” (MARINONI, 2017, p. 18-19).

O papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedente é amplo e não pode ser deixado de lado frente ao papel de garantidor da Constituição. Não é possível pensar que somente os recursos extraordinários com repercussão geral, ações de controle concentrado de constitucionalidade, ou recursos repetitivos criam precedentes pois “a eficácia obrigatória das *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que

e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

logicamente deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito” (MARINONI, 2017, p. 24).

Há um dever de lealdade às normas constitucionais, mas há também um dever de garantia da segurança jurídica. “Se um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer *escolhas* juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos *uniformemente*” (MITIDIERO, 2018, p 24-25).

A segurança jurídica das decisões do Supremo Tribunal Federal está intrínseca ao seu exercício e é o mínimo que se espera de suas *rationes decidendi*, motivo pelo qual não é concebível imaginar que o Supremo tome posições distintas frente à situações semelhantes ou, pior, tome posições distintas frente à mesma situação de fato que lhe fora trazida.

O papel do Supremo não é o de causar instabilidade, mas, ao contrário, deve atribuir sentido ao Direito, garantindo unidade do sistema, sob pena de tonar um caos nas decisões e nos movimentos dos jurisdicionados que não sentirão a segurança jurídica necessária para asseguramento da dignidade humana e da obtenção da justiça (MITIDIERO, 2018, p 24-25).

As decisões tomadas pelos Ministros também têm aberto um ambiente de grandes discussões na doutrina, uma vez que o princípio da colegialidade também fora mitigado, tendo o relator poderes legais para decidir determinada questão sozinho. Contudo, essa abertura ao princípio colegiado não significa que o Supremo deva assim proceder, mas, ao contrário, é necessário observar o julgamento por maioria até mesmo para que se abra a discussão sobre os fatos e o direito a ser aplicado, de modo a garantir abertura e participação ao debate.

Desta abertura “espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte” (MARINONI, 2017, p. 28).

E este é o ponto que será abordado no tópico a seguir, ou seja, até onde o debate entre os julgadores do Supremo Tribunal Federal pode gerar instabilidade na segurança jurídica,

a partir de decisões (in)constitucionais ou de decisões que alteram a interpretação tradicional a respeito da constitucionalidade de dispositivos legais.

4. O JULGAMENTO DAS ADC'S 43, 44 E 54 E O CENÁRIO JURÍDICO ATUAL FRENTE À TEORIA DOS PRECEDENTES

Em 07 de novembro de 2019 o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54 que serviram de paradigma para análise da constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.⁹

Antes de adentrar no mérito do cenário atual frente a essa decisão, cumpre salientar que, em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou entendimento de que é possível que haja prisão de réu considerado culpado em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob o fundamento de que “a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988”.

Neste julgamento, o Supremo, por sete votos a quatro, imprimiu interpretação criativa à norma constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, presumem-se inocentes os réus que ainda não tenha o trânsito em julgado da sentença que lhes assentou a culpa.

Num breve retrospecto, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado em decisões isoladas acerca da possibilidade da prisão em segunda instância (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 1997; HC 91.675, Rel. Min. Carmem Lucia, julgado em 2007; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 1995, dentre outros).

Em 2008, por ocasião do julgamento do HC 84.078, de relatoria do então Ministro Eros Grau, o Pleno da Suprema Corte assentou entendimento consentâneo com a

⁹ Art. 283 do CPP: 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.

expressamente prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, e passou a não permitir a chamada execução provisória da pena decorrente de acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição.

Contudo, após alguns anos, por meio do referido HC 126.292, de 2016, assentou-se precedente para que todas as condenações em segunda instância pudessem a produzir eficácia independentemente da interposição de recursos, e assim, ser decretada a prisão para início de cumprimento de pena, o que causou um verdadeiro caos na jurisprudência brasileira, com doutrinas e decisões criticando o precedente, principalmente em virtude da gritante diferença entre a norma e a interpretação conferida pelo STF.

Esse ambiente se estabilizou e por três anos se seguiu o precedente firmado pelo *Habeas Corpus* 126.292/SP, determinando-se a prisão do réu considerado culpado ainda em segunda instância, sem trânsito em julgado. Inevitável não reparar que a força da decisão proferida pelo Supremo é tamanha, enquanto Corte de precedente, que gerou a prisão de milhares de réus considerados culpados ainda em segunda instância, entre eles a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que ficou conhecida mundialmente em decorrência de sua figura pública e do escândalo lançado pela operação lava-jato.

Assim permaneceu a situação até que foram pautadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 44, 45 e 54, ajuizadas ainda no ano de 2016, logo após a publicação do acórdão do HC 126.292/SP. Elas serviram de paradigmas para o julgamento do Supremo a fim de trazer à tona novamente, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

A letra do mencionado artigo 283, do Código de Processo Penal, dispõe sobre quais as medidas restritivas de liberdade poderão ser tomadas em face de réu submetido à persecução penal, a saber: prisão em flagrante delito, prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou em virtude de condenação penal transitada em julgado. A leitura desse artigo, por elementar, deve ser realizada a partir das garantias individuais positivadas no rol do artigo 5º da Constituição Federal, dentre os quais, a regra do estado de inocência¹⁰ (5º, LVII,

¹⁰ Sobre presunção de inocência, confira-se: MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão

CR/88).

Partindo dessa premissa, no momento em que o Supremo se pronunciou no sentido de permitir a prisão em segunda instância, no julgamento do HC 126.292/SP em 2016, a discussão era sobre a leitura inconstitucional do art. 283 do CPP realizada pelo Guardião da Constituição.

Fato é que a partir desse julgamento, inúmeros casos foram julgados pelo efeito do precedente e vários réus foram presos e, passados 3 anos, o Supremo superou o precedente e atribuiu nova interpretação conforme à Constituição, sob a ótica da constitucionalidade do mencionado art. 283 do CPP lido à luz do inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal. No entanto, deixou de se posicionar acerca dos efeitos da superação, de modo que várias pessoas que ficaram sob custódia podem vir a ter sentença absolutória, restando questionável a responsabilidade do Estado frente ao tempo de prisão, trazendo para a mesa a discussão sobre dignidade da pessoa humana.

A propósito, inevitável apontar a doutrina do próprio Ministro Gilmar Ferreira MENDES¹¹ acerca da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana:

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

Outros fundamentos há que se autorizar as prisão cautelar (*vide* art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada (MENDES, 2017, p. 601).

judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 513 e ss; BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

¹¹ Registre que tanto no julgamento do HC 126.292/SP, quanto no julgamento das ADC's 43,44 e 54 o Min. Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, entendendo pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, salvo enquanto medida cautelar, legalmente autorizada.

Portanto, essa falta de consideração aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana causa, certamente, insegurança jurídica e gera um mar de discussões acerca da responsabilidade atribuída ao Estado pelas prisões inconstitucionais de réus considerados inocentes após o trânsito em julgado da sentença penal, já que no acórdão das ADC's 43, 44 e 54, o Supremo nada falou sobre o efeito da revogação do precedente.

Diante de todo esse imbróglio acerca da constitucionalidade ou não do art. 283 do Código de Processo Penal, da leitura do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, conclui-se que ainda há um longo caminho a se percorrer quanto à familiarização dos tribunais com o instituto dos precedentes. O sistema de precedentes é criado para uma jurisdição eficaz, célere e mais segura, não podendo tornar o ambiente jurídico instável.

É necessário assegurar as garantias constitucionais e elas são responsáveis por um processo e uma decisão justa, lida à luz dos ditames constitucionais e garantidas por Tribunal competente.

Essas garantias constitucionais, bem como os princípios nela estampados, guardam ligação direta com o devido processo legal, na medida em que um processo justo não é aquele que tramita mais rápido, mas sim aquele que é resolvido de forma eficaz de acordo com as normas constitucionalmente adequadas. Logo, cumpre aos envolvidos no processo a tarefa de assegurar as garantias constitucionais.

Esses dois julgamentos sobre situações de direito idênticas, mas com decisões distintas e, mais, com fundamentos absolutamente contraditórios entre uma decisão e outra, gera uma zona de descrença no Judiciário e não repassa aos jurisdicionados a segurança necessária para conferir legitimidade ao exercício do poder jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011 sempre foi feita à luz do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal que, por sinal, sempre foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a grande questão que se coloca, além da leitura constitucional que o Supremo tem feito do mencionado artigo processual penal, cinge no fato de que há o dever

do magistrado em manter o direito uno, coerente, eficaz e efetivo, nos moldes do que determina o art. 926 do Código de Processo Penal.

O que se buscou apresentar foi que, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e das ADC's n. 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal não está preparado para se valer da teoria dos precedentes para julgar os casos, na medida em que a premissa base dessa teoria é o respeito aos fatos. Contudo, os mesmos fatos, dentro de um lapso temporal curto e já na vigência do Código de Processo Penal, levaram o Supremo a decisões divergentes e, pior, com votos absolutamente diferentes em seus fundamentos, com julgamentos por maioria entre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um dispositivo que coloca o direito à liberdade do indivíduo em xeque.

A cada composição de julgadores do Supremo Tribunal Federal se tem posicionamentos absolutamente diferentes, o que gera, sem dúvidas, uma insegurança e uma incerteza jurídica, parecendo estarem os jurisdicionados “jogando na loteria” para ver quem tem a “sorte” de ter o entendimento favorável à sua situação.

Essa situação beira o absurdo e, pela pesquisa realizada, ainda que a intenção do legislador ordinário tenha sido a de trazer em voga a teoria dos precedentes, a Corte Suprema de Precedente não definiu os elementos previstos no art. 926 do CPC, tampouco está preparada para manter a jurisprudência una.

Portanto, a conclusão do presente estudo não poderia ser outra senão a necessidade de aprofundamento do tema pelos próprios tribunais, pelos profissionais do direito e, inclusive, pela sociedade, que deve exigir respeito aos precedentes, sob pena de se colocar em risco direitos fundamentais dos cidadãos, afinal, ninguém gostaria de ser preso sem ser culpado.

6. REFERÊNCIAS

BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

DWORKIN, Ronald Myles. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São

Paulo: Martins Fontes. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

GLOBO.COM. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. Recompensa do sistema processual da Corte Suprema. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007.

MIGALHAS. **Julgamento histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir de decisão de segunda instância**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. Da persuasão à vinculação. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira**. Interpretação e

aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte. Arraes. 2017.

*Data da submissão: 24/03/2021
Data da primeira avaliação: 26/03/2021
Data da segunda avaliação: 01/04/2021
Data da aprovação: 01/04/2021*