# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

**VLADIA MARIA DE MOURA SOARES**

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-604-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

---

## Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II" do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática "Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural". O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus n° 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# CONSTITUIÇÃO, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

# CONSTITUTION, PRESUMPTION OF INNOCENCE AND CRISIS IN LEGAL CERTAINTY

**Tiago Ferreira Santos** [1]

**Resumo**

O objetivo do presente trabalho foi analisar as consequências jurídicas das (in)decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do sentido e alcance do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, Constituição. A hipótese a ser testada foi a de que tal situação provocava uma crise na segurança jurídica, o que foi confirmado pelos resultados obtidos. O método foi o qualitativo com análise bibliográfica de doutrina, jurisprudência e enunciados normativos. A conclusão foi de que a melhor solução para essa crise é priorizar o julgamento célere do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade sobre a matéria.

**Palavras-chave:** Presunção, Inocência, Constituição, Segurança, Direito

**Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this study was to analyse the legal consequences of the decisions of the Supremo Tribunal Federal on the content and extent of the presumption of innocence established in art. 5, item LVII, of the Constitution. The hypothesis was that such a situation provoked a crisis in legal certainty. The method was qualitative with bibliographical analysis of doctrine, jurisprudence and statutes. The results obtained confirmed the hypothesis. The conclusion was that the best solution to this crisis is to prioritize the definitive judgment of "ações declaratórias de constitucionalidade" on the matter.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Presumption, Innocence, Constitution, Certainty, Law

[1] Mestrando em Direito - UFBA, pós-graduado em Ciências Criminais - PUC-MG e em Direito do Estado - UCSal.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente trabalho é responder à pergunta-problema de quais as consequências jurídicas das (in)decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do sentido e alcance do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição. O tema central, desse modo, é a insegurança jurídica acerca do seu conteúdo.

A hipótese a ser testada será a de que as decisões conflitantes provocam uma crise na segurança jurídica por prejudicar a incidência do princípio da igualdade, vulnerando, assim, a integridade do sistema.

O método será o qualitativo com análise bibliográfica de doutrina, jurisprudência e enunciados normativos, os quais conduzirão aos resultados e conclusão.

Justifica a presente pesquisa a atualidade do tema, porquanto a mais alta corte do país vem se manifestando reiteradas vezes acerca do princípio da presunção de inocência, mas não consegue pacificar jurisprudência sequer nos seus órgãos fracionários, criando uma sensação de segurança.

Além disso, justifica-se socialmente por esse ser um dos temas mais sensíveis para a sociedade no âmbito tanto do direito constitucional quanto do processual penal. Afinal, a execução provisória da pena é uma das possíveis respostas às práticas de delitos de corrupção, ou seja, é vista como uma forma de resolver a impunidade do país nos crimes de colarinho branco.

Entretanto, a justificativa jurídica há de prevalecer sobre a social no presente trabalho, pois, se de um lado a sociedade exige uma certa demanda, a vontade de Constituição, do ponto de vista do direito, deve prevalecer, sendo muito importante conhecê-la.

No tópico primeiro, está sendo exposta a presente introdução, ao passo que, no segundo, será apresentado sinteticamente o percurso histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do princípio da presunção de inocência, destacando as suas oscilações e incoerências. Responder-se-á, assim, o objetivo secundário de elencar os principais precedentes do tema.

No tópico terceiro, verificar-se-á sinteticamente se é possível considerar um sinal da ausência de cultura constitucional a conduta de ministros divergirem de si mesmos, entre eles e com o plenário em suas inúmeras decisões monocráticas. Portanto, será resolvido o objetivo de analisar o desrespeito da vontade de Constituição até mesmo dos julgadores da mais alta corte brasileira.

No tópico quarto, será investigado se os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da integridade são prejudicados por essa ausência de higidez da jurisprudência do Supremo, especialmente, no tocante às decisões monocráticas diversas entre si e do plenário. Assim, realizar-se-á o objetivo de verificar a existência de uma crise da segurança jurídica sobre o conteúdo da presunção de inocência.

Por fim, será pesquisada, com base na jurisdição constitucional, solução para a crise da segurança jurídica decorrente da indeterminação do sentido e alcance do princípio da presunção de inocência, respondendo, portanto, a pergunta-problema e cumprindo o objetivo geral.

## 2 SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O SENTIDO E O ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Completada a introdução no tópico anterior, importa agora contextualizar os precedentes que serão criticamente analisados nos seguintes. Desse modo, antes de a Constituição de 1988 entrar em vigor e, ainda assim, posteriormente, prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que a presunção de inocência não impedia a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando pendente julgamento de recursos especiais ou extraordinários, uma vez que eles não possuem efeitos suspensivos, mesmo na esfera penal. Em síntese, iniciava-se o seu cumprimento após esgotadas as vias ordinárias. Essa foi a primeira fase do entendimento da Suprema Corte sobre essa matéria[1].

Em seguida, houve uma mudança significativa na jurisprudência. Nesse período, destacou-se o julgamento, pelo Plenário, do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078 - 7/MG de relatoria do então Ministro Eros Grau, quando, na sessão de julgamento do dia 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a "prisão antes do trânsito em

[1] EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. **1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo**, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. Habeas corpus indeferido.
(HC 90645, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260 RMP n. 36, 2010, p. 233-236)

julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar". Vedava-se, portanto, a execução provisória enquanto pendente quaisquer recursos[2].

Mesmo anteriormente já se vislumbrava tal perspectiva, principalmente na segunda turma[3], ainda que de forma oscilante, e houvesse decisão também da primeira nesse sentido[4]. Até o acórdão do plenário no HC 84.078 - 7/MG, portanto, cada ministro e turma decidiam de forma não sistemática, sendo o direito aplicável aos impetrantes decidido no momento do sorteio, não do julgamento.

---

[2] HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
**3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...]
8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.
(STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

[3] EMENTA: Habeas corpus. [...] **6. Considerado o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado**. Precedentes citados: HC nº 85.856/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 10.3.2006; RHC nº 86.822/MS, de minha relatoria, julgado em 6.2.2007, acórdão pendente de publicação e RHC nº 89.550/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 27.4.2007. 7. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal.
(HC 84029, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00042 EMENT VOL-02288-02 PP-00381)

[4] PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE - RAZÃO DE SER - ALCANCE. O princípio da não-culpabilidade - inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal - decorre da ordem natural das coisas, sobrepondo-se, em termos de valores, ao pragmatismo, a presunções, tendo em conta pronunciamento judicial passível de modificação na via recursal. PENA - CUMPRIMENTO - DECRETO CONDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE - RECURSO - EFEITO. A relação entre o princípio da não-culpabilidade e o recurso sem efeito suspensivo, presente a execução da pena, é de dependência, superpondo-se a garantia de natureza constitucional à disciplina processual comum relativa aos efeitos do recurso. PENA - EXECUÇÃO - PREMISSA. Condição inafastável à execução da pena, sempre de contorno definitivo, é a preclusão, na via da recorribilidade, do decreto condenatório. Vale dizer, **sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo**.
(HC 85209, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05-05-2006 PP-00018 EMENT VOL-02231-02 PP-00224 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 393-399)

Assim, essa alteração de direção na jurisprudência, inclusive pela vindoura uniformização, foi um posicionamento em geral muito bem acolhido pela doutrina. No ambiente penal e processual penal, a execução provisória da pena restou vedada em nome do princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado. Essa foi a segunda fase da jurisprudência do Supremo.

Entretanto, o STF recentemente alterou seu posicionamento para fins de novamente entender o art. 5º, inciso LVII, o qual estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", como não impedindo a prisão após o julgamento em segunda instância.

O *leading case* desse retorno foi o HC nº 126.292/SP, no qual a Suprema Corte autorizou a prisão após o julgamento da segunda instância. Tal decisão aconteceu em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade por meio da impetração de um *habeas corpus*[5].

Quando do julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário com agravo de número 964246, proveniente de São Paulo, na data de 10/11/2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou 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"[6].

No julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, em 5 de outubro de 2016, houve nova confirmação do referido posicionamento pelo plenário, ou seja, da possibilidade da execução provisória da pena de privação de liberdade pendente recurso especial ou extraordinário. Por ser uma decisão em sede de

---

[5] CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado. (HABEAS CORPUS 126.292 - SÃO PAULO; RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI; PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS; IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS; COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; DATA DO JULGAMENTO: 17/02/2016)

[6] CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 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)

controle abstrato-concentrado, ainda que indeferindo os pedidos cautelares, imaginou-se que haveria pacificação das decisões.

Entretanto, não tardou até mesmo um dos ministros mais decisivos para possibilitar tal entendimento passou a decidir de forma diametralmente oposta, cita-se, Gilmar Mendes. Há sinalização, assim, de que o julgamento do mérito das referidas ADC poderá reverter-se para consolidar que a prisão apenas poderá ser temporária, preventiva ou após o trânsito em julgado, vedando-se, portanto, a execução provisória da pena privativa de liberdade, enquanto pendente qualquer recurso ou ao menos o extraordinário.

A pior solução, sem dúvidas, do ponto de vista da jurisdição constitucional, é que os precedentes dos indeferimentos dos pedidos cautelares em sede de ADC sejam aplicados casuisticamente a depender de supostas circunstâncias relevantes do caso concreto não apontadas na fundamentação, ou seja, não sejam aplicados uniformemente.

O fato é que há atualmente decisão em processos individuais no sentido de que "em se tratando de processo penal, em que estão em jogo os bens mais preciosos do indivíduo - a liberdade e a dignidade, torna-se ainda mais urgente alcançar solução definitiva do conflito"[7], quando do julgamento da medida cautelar no HC 146.818/ES em 18 de setembro de 2017 pelo Ministro Gilmar Mendes, assim como, extensão de seus efeitos para atingir corréus em situação idêntica, decidido em 22 de setembro de 2017, menos de um ano do indeferimento da cautelar em sede de controle de constitucionalidade abstrato-concentrado. Entretanto, em situação similar, sendo a única diferença apontada na decisão que a extensão era requerida preventivamente, houve indeferido na data de 11 de outubro de 2017.

Não bastasse, o mesmo ministro, em um outro processo judicial, fez constar da ementa do julgamento que seu posicionamento compatibilizava-se com o que o Ministro Dias Toffoli defendia desde o julgamento das cautelares das ADC, ou seja, permitia a execução provisória da pena somente após o esgotamento dos recursos no Superior Tribunal de Justiça[8]. Vê-se, adotou uma terceira possibilidade de interpretação do princípio.

---

[7] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 146.818/ES**. Requerente: Jose Carlos Gratz. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/Portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312812333&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2018.

[8] Decisão: [...] **Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), 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.** [...]. **Assim, no legítimo exercício da competência de índole constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, e incisos, da Constituição Federal, é de se admitir, em tese, a possibilidade do afastamento dessa execução provisória em decorrência do eventual processamento e julgamento do recurso especial. Nesse sentido decidi, em 6.10.2017, ao julgar o HC 147.981 MC/SP, de minha relatoria. Ante o exposto, defiro, em parte, a medida liminar para suspender o início da execução**

Inclusive, em *habeas corpus* recentemente julgado pelo plenário do Supremo, confirmou-se tal situação, sendo paciente Luiz Inácio Lula da Silva. Nesse momento, o Ministro Gilmar Mendes alterou seu entendimento, passando a ser contrário à execução provisória da pena, enquanto pendente algum recurso. Entretanto, ainda assim, houve seu indeferimento porque a Ministra Rosa Weber[9] decidiu por aplicar naquela ação de controle difuso-concreto a jurisprudência até então prevalecente na corte, sinalizando possível alteração no mérito, quando julgando concentrado-abstratamente. Assim, o plenário decidiu por apertada maioria (6x5) pela manutenção da possibilidade de execução provisória da pena.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal continua sem pacificar a jurisprudência por meio do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, mesmo tendo novamente o plenário se reunido para julgar a matéria acerca da presunção de inocência. Pior, há indicação expressa de que o entendimento será alterado em breve.

Diante desse quadro caótico da atual jurisprudência em síntese exposto no que se refere ao princípio da presunção de inocência, será investigado no próximo tópico se tal situação decorre da ausência de cultura constitucional que privilegia a vontade de poder em detrimento da vontade de Constituição. Ademais, para respaldar melhor a conclusão a que se chegar, questionar-se-á no quarto tópico se tais decisões conflitantes vulneram os princípios da segurança jurídica e da igualdade, além de prejudicar a integridade do sistema normativo, antes de se procurar uma solução para a crise da segurança jurídica ao final do trabalho.

## 3 DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF CONFLITANTES ENTRE SI E COM O PLENÁRIO À LUZ DA AUSÊNCIA DE CULTURA CONSTITUCIONAL

Como ficou demonstrado até agora, mesmo após o Supremo Tribunal Federal (STF) em decisão plenária em sede de *Habeas Corpus* (HC), Recurso Extraordinário com

---

**da pena** a que foi submetido o paciente JOSÉ NILDO DE JESUS DE SOUZA, nos autos da Ação Penal 0000841-76.2014.8.26.0366, que tramitou no Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mongaguá/SP, até o julgamento do mérito deste habeas corpus. Comunique-se com urgência à Relatora, no STJ, do REsp 1.686.711/SP, bem como ao Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mongaguá/SP (Ação Penal 0000841-76.2014.8.26.0366), para cumprimento, a quem também requisito informações. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 17 de outubro de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente
(HC 148822 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/10/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 19/10/2017 PUBLIC 20/10/2017)

[9] O GLOBO. Fala atribuída à ministra Rosa Weber em votação do habeas corpus de Lula é falsa. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/eissomesmo/post/fala-atribuida-rosa-weber-em-votacao-do-hc-de-lula-e-falsa-entenda.html>. Acesso em: 9 abr. 2018: "Eu enfrento este habeas corpus nos exatos termos que fiz em todos os outros que, desde 2016, me têm sido distribuídos, reafirmando que o tema de fundo para quem pensa como eu há de ser sim revisitado, mas no exercício do controle abstrato de constitucionalidade [...]".

Repercussão Geral, em indeferimento cautelar de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e novamente em decisão plenária em sede de *habeas corpus* ter firmado jurisprudência no sentido da possibilidade de execução provisória da pena após o esgotamento das vias ordinárias, ou seja, quando pendentes tão somente recursos especial ou extraordinário, ainda assim, mesmo um dos ministros que acompanharam o voto vencedor da tese anteriormente firmada decidiu diversamente por vezes até mesmo sem sequer mencionar os precedentes na sua decisão monocrática.

Inclusive, importa destacar outra peculiaridade. Ele concedeu cautelar em sede de *Habeas Corpus* (HC) contra negativa de liminar em HC no Superior Tribunal de Justiça (STJ), situação vedada por súmula não vinculante de número 691, a qual por jurisprudência o Supremo reconhece algumas exceções, por exemplo, decisão teratológica. Importa transcrevê-la: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

É sabido que a Constituição Federal (CF) estabeleceu que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, no que o controle de constitucionalidade abstrato-concentrado é por ele realizado. Não por outro motivo, incumbe-lhe o julgamento das ADC. Nesse sentido, igualmente ensina Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 238), ao afirmar que "defere-se a competência para tal controle ao Supremo Tribunal Federal".

Afinal, dispõe o art. 102, inciso I, alíneas "a" e "p", que ele detém competência para processar e julgar, originariamente, 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, assim como, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

Sem dúvidas, quando da análise do mérito, os ministros podem decidir de forma diversa da que realizaram na sessão de julgamento sobre as medidas cautelares em sede de controle de constitucionalidade, especialmente quando decidiram pelo indeferimento. Se fosse entendido diversamente, não haveria necessidade de julgamento posterior, uma vez que as questões estariam sempre decididas definitivamente.

Também não se duvida que não gera coisa julgada material um julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de constitucionalidade, porquanto o Supremo não está obrigado a "decidir, de idêntico modo, com relação a outras ações diretas supervenientes que possuam total identidade dos elementos da ação" (SILVA NETO, 2013, p. 290).

Ou seja, mesmo que houvesse decisão definitiva do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade e, desse modo, o STF tivesse afirmado categoricamente que inexiste qualquer inconstitucionalidade na disposição acerca da ausência dos efeitos suspensivos dos recursos especial e extraordinário em matéria processual penal, ainda assim, prevaleceria a possibilidade de em uma nova ação de controle de constitucionalidade o Supremo modificar seu entendimento. Afinal, "o efeito vinculante não se dirige evidentemente ao próprio STF" (SILVA NETO, 2013, p. 276).

Essa circunstância decorre do art. 102, parágrafo segundo, da Constituição, que assegura eficácia contra todos e efeito vinculante apenas relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Apesar disso, "é inegável reconhecer que o acórdão prolatado no controle abstrato-concentrado determina coisa julgada material, no âmbito das decisões da Corte produzidas no caso concreto, no controle difuso, quando a questão incidental [...] alcançar o Supremo" (SILVA NETO, 2013, p. 291).

Nesse sentido, está adequada a conduta de os ministros do STF seguirem os precedentes firmados em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, quando do julgamento dos habeas corpus, mesmo que em decisão plenária. Afinal, o controle abstrato-concentrado que serve precipuamente para julgar o direito, constituindo a jurisprudência.

De qualquer modo, do histórico dos precedentes relatados no tópico segundo, vê-se que não há nenhum com efeito vinculante, desse modo, numa interpretação apressada, poder-se-ia dizer que a conduta de um ministro do STF que em um período de menos de um ano julga de três formas diferentes o *habeas corpus* não prejudica a vontade de Constituição, porquanto ela não o vincula àquelas decisões do controle concreto-difuso ou de indeferimento de cautelar em controle abstrato-concentrado.

Entretanto, a Constituição não pode ser interpretada assistematicamente, precisa-se entender que consiste em um documento que veicula normas jurídicas que impõe um dever-ser lógico, atuando no plano deontológico, mas não apenas, uma vez que possui uma carga valorativa incorporada, denotando, portanto, aproximação da axiologia. Assim, diversos princípios (por exemplo, segurança jurídica, igualdade e integridade) precisam ser analisados para encontrar a melhor solução para os casos concretos e, portanto, a higidez da vontade de Constituição pressupõe também certo grau de determinabilidade das consequências jurídicas aplicadas nas decisões judiciais, não só do seu conteúdo.

Nesse sentido, questiona-se no presente tópico se os posicionamentos oscilantes especialmente do Ministro Gilmar Mendes acerca do sentido e alcance do princípio

constitucional da presunção de inocência podem ser sinais da ausência de cultura constitucional brasileira, ou seja, de desrespeito da vontade de Constituição.

Importa ressaltar: o presente autor entende que o conteúdo e as consequências jurídicas do art. 5º, inciso LVII, da Constituição, são claramente direcionados à vedação da execução provisória da pena. Ou seja, não autoriza a prisão pelo mero esgotamento das vias ordinárias, pois a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado.

Entretanto, o objeto do presente estudo cinge-se à crise da segurança jurídica decorrente de, no STF, haver decisões conflitantes entre o plenário e os ministros individualmente considerados, assim como, entre o próprio ministro ao decorrer do tempo, não havendo investigação acerca do sentido e alcance do princípio da presunção de inocência, mas tão-somente sobre o que os ministros da corte máxima enunciaram acerca dele.

E, sobre esse ponto, questiona-se neste tópico até que modo essa incerteza normativa decorre da ausência de cultura constitucional ligada ao constitucionalismo brasileiro tardio manifestado especificamente na conduta de ministros, "com suposto fundamento nos princípios constitucionais, promover a dicção do direito à sua moda, delineando a figura do ativismo judicial" (SILVA NETO, 2016, p. 20).

De logo, adianta-se que a resposta só pode ser afirmativa, esse comportamento denota a ausência de cultura constitucional até mesmo de ministros do Supremo, a quem cabe, "precipuamente, a guarda da Constituição". Afinal, ao invés de aplicar a vontade de Constituição consistente na manutenção da segurança jurídica por meio de algum respeito às plenárias do STF e até mesmo de seus próprios precedentes, ainda que não vinculantes, o que respeitaria o princípio da igualdade e manteria íntegro o sistema, optou-se pela mera aplicação da vontade de poder, a qual ganha especial destaque diante da proximidade temporal das alterações casuísticas de voto ou decisões sem mencionar quaisquer argumentos para a mudança de entendimento ou diferenciação dos fatos.

Essa prática dificulta ou até mesmo impede a força normativa da Constituição, uma vez que ela será mais intensa "quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional" (HESSE, 1991, p. 24).

Ora, se em um curto período de um ano, em três circunstâncias, um único ministro entendeu a Constituição de três formas diversas sobre o princípio da presunção de inocência, sendo que duas decisões monocráticas foram no sentido contrário da tese vencedora em sede de indeferimento de cautelar em ADC pelo plenário, é realmente difícil imaginar os cidadãos

acreditarem na inviolabilidade da vontade de Constituição, transparecendo a prevalência da vontade de poder, a qual fulmina a sua força normativa.

Pela expressão vontade de poder, destaca-se, nada há de sugestão à eventual prática de atos ilícitos do ponto de vista funcionais, mas tão-somente de fazer prevalecer, por mecanismos instituídos e limitados pela Constituição jurídica, a vontade individual ao invés da vontade de Constituição. Assim, decide-se irrefletidamente e casuisticamente, possibilitando variações de decisões a depender do cansaço, da distância da última refeição ou outras circunstâncias similares. Tal sugestão encontra eco em Daniel Kahneman (2011, p. 44), psicólogo vencedor do Nobel de economia, que, ao analisar dados acerca de pedidos de condicional negados em um experimento, concluiu que "juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição padrão de negar os pedidos de condicional" e, portanto, tanto "o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel".

Adequada a decisão, nesses termos da Ministra Rosa Weber de que indeferiu o *habeas corpus*, porquanto é um processo de cunho individual, nos quais a Suprema Corte, inclusive ela, vinha denegando a ordem. É perfeitamente possível a alteração de entendimento, mas mostrava-se totalmente inconveniente numa ação individual destinada a possuir efeitos *inter partes*, não objetiva com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

Para melhor elucidar a crítica que se faz, importa conceituar cultura constitucional, nos moldes trazidos por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 19), como sendo "os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a 'vontade de Constituição'; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional".

No presente caso, importa especialmente os itens I e II, ou seja, a prática de preservar a vontade de Constituição e também de efetivar, no máximo possível, os princípios e normas constitucionais. Afinal, o desrespeito a esses dois pontos dificulta ou impede a força normativa, nos termos do ensinamento de Konrad Hesse (1991, p. 22 e 32). Entretanto, mesmo o item III resta prejudicado nessa incerteza normativa. Afinal, se nem mesmo aqueles que estudam academicamente a Constituição e a jurisprudência do Supremo possuem uma resposta clara acerca do sentido e alcance do direito à presunção de inocência, constata-se a impossibilidade de disseminar tal conhecimento.

Verifica-se, assim, que o oscilante e cambaleante entendimento do Supremo acerca do sentido e alcance do princípio da não culpabilidade inevitavelmente é um dos sintomas da ausência de cultura constitucional, circunstância causadora do chamado constitucionalismo brasileiro tardio consistente na ineficácia social dos textos constitucionais em Estados pós-

modernos “organizados formalmente por meio de uma constituição” (SILVA, 2016, p. 19), sendo indicativo da confirmação dessa situação que um dos ministro do tribunal guardião da Constituição, em menos um ano, tenha adotado três posicionamentos diversos sobre o sentido e alcance de um princípio de tal envergadura em processos de cunho individual, ou seja, destinados a possuir eficácia *inter partes*.

Nesse sentido, será no tópico seguinte demonstrado que o desrespeito consistente até mesmo em não enfrentar os precedentes individuais ou plenários contrários por ministros do STF em decisões monocráticas realmente prejudica os princípios da insegurança jurídica, da igualdade e viola a integridade do sistema, confirmando-se e especificando-se a argumentação iniciada neste tópico de desrespeito à vontade de Constituição com todas as inevitáveis e indesejáveis consequências aqui expostas, a exemplo da constatação da ausência de cultura constitucional.

## 4 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, INTEGRIDADE E IGUALDADE PELA NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES DO PLENÁRIO NAS DECISÕES MONOCRÁTICAS

Por o direito, a doutrina e a jurisprudência brasileiras serem mais familiarizadas com os princípios da segurança jurídica e da igualdade, por eles, iniciar-se-á a presente parte do trabalho. Posteriormente, será analisada a integridade com respaldo na doutrina de Ronald Dworkin.

Importa destacar inicialmente a relação intensa entre os princípios da segurança jurídica e igualdade (TORRES, 2005, p. 8), porquanto, sabe-se, a "igualdade penetra na ideia de segurança jurídica, servindo-lhe de medida e legitimação" (TORRES, 2005, p. 8). Ou seja, embora não se confundam, estão indelevelmente relacionadas a tal ponto que a extensão e a própria afirmação da existência do princípio da segurança jurídica decorre também da positivação em sede constitucional expressa do direito à igualdade.

De qualquer modo, por não se confundirem, há de se admitir que são diversos, sendo certo que o reconhecimento do princípio da segurança jurídica proliferou-se especialmente a partir das exigências de "certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado" (TORRES, 2005, p. 3) decorrentes do constitucionalismo liberal de nítido cariz burguês, reafirmando-se ou adaptando-se desde então.

No direito, entretanto, Humberto Ávila (2011, p. 250) reconhece a impossibilidade de uma determinação previsível fundamentada na certeza, argumentando que a segurança jurídica há de ser calcada no "estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade" (ÁVILA, 2011, p. 250), arrematando que a influência no direito da indeterminação da linguagem conduz à mera determinabilidade relativa representada na cognoscibilidade, ao invés da determinação (ÁVILA, 2011, p. 250).

Não se pretende no presente trabalho uma concepção de segurança jurídica propiciadora de rigidez absoluta do sistema, de forma alguma, compreende-se a normatividade exigir, "em maior ou em menor medida, algum grau de incerteza, decorrente da indeterminação das normas ou da multiplicidade de relações que elas podem manter entre si, e da sua conexão com os fatos sobre os quais elas vertem" (ÁVILA, 2011, p. 254).

Entretanto, diante de incertezas manifestadas em inúmeros precedentes julgados diversamente no STF, a segurança jurídica apenas pode ser assegurada por mecanismos que venham a promover o respeito ao princípio da igualdade, ensinado por Rui Barbosa, como "aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam" (BARBOSA, 1962, p. 54), assim como, igualmente aos iguais.

Ou seja, no âmbito da jurisdição constitucional, nitidamente prejudica a segurança jurídica a instabilidade dos ministros do STF acerca do sentido e do alcance do princípio da presunção de inocência. Afinal, não tratarão dois casos iguais de forma igual tão-somente porque naquele dia entendeu diversamente do que havia realizado em outro ou, ainda, o sorteio do processo presenteou ou puniu o paciente ou recorrente. Torna-se, desse modo, imprevisível o resultado do seu julgamento, impossibilitando a mensurabilidade.

A confiabilidade, entretanto, é atingida pelo desrespeito ao princípio da confiança, que não se confunde, mas se relaciona com a segurança jurídica, sendo por alguns até considerada a dimensão subjetiva da segurança jurídica. Entretanto, para os adeptos da diferenciação dos referidos princípios, enquanto o princípio da segurança jurídica protege a dimensão objetiva, o princípio da confiança resguarda a dimensão subjetiva (SILVA, 2005, p. 4). Nesse aspecto, diverge-se de Humberto Ávila.

Desse modo, até devido à interface entre os dois princípios, a conduta dos ministros do Supremo de desrespeitarem seus próprios precedentes, assim como, os do plenário, inegavelmente, irá resultar em prejuízo à confiabilidade. Mostra-se, desse modo, similarmente à segurança jurídica, relação entre os princípios da confiança e da igualdade.

Afinal, não é possível para as pessoas confiar no direito em geral se em uma matéria de direito constitucional tão sensível como o sentido e o alcance do princípio da presunção de

inocência não está claro qual o entendimento dos ministros individualmente, nem da própria corte suprema. Ao contrário, em cada processo individual, o relator decide de uma forma divergente, não raro, distante do que ele próprio entendeu em processo diferente, como visto da síntese dos precedentes no tópico segundo.

Há de se concluir, portanto, que tal conduta prejudica os princípios da segurança jurídica (dimensão objetiva), da proteção da confiança (dimensão subjetiva da segurança jurídica) e da igualdade. Assim, nos parágrafos seguintes, analisar-se-á a integridade.

O princípio da integridade foi trazido por Ronald Dworkin em sua obra, tendo dito que ele "tem muitas dimensões" (DWORKIN, 1996, p. 83). Primeiramente, para fazer cumprir a dimensão principiológica, há de as "decisões judiciais serem matéria de princípio, não de compromisso ou acomodação política" (DWORKIN, 1996, p. 83). Por sua vez, a vertical estabelece que os ministros ou juízes "devem mostrar como sua afirmação é consistente com o conjunto de precedentes, e com a estrutura principal da harmonia constitucional" (DWORKIN, 1996, p. 83). Por fim, a horizontal impõe que "um juiz ao adotar um princípio deve dar completo peso a aquele princípio em outros casos que ele decide ou endossa" (DWORKIN, 1996, p. 83). Tal concepção está intimamente relacionada à teoria de Dworkin como um todo, afinal, a construção das decisões jurídicas é vista por ele como um romance em cadeia em que os intérpretes/aplicadores cooperam mutuamente para a elaboração.

Não se dúvida, por óbvio, a situação diversa do modelo anglo-americano para o brasileiro; portanto, não se pretende importar acriticamente doutrina alienígena. Sabe-se, os "países que pertencem à tradição do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculativo" (MENDES, 2015, p. 992), tendo influenciado, por exemplo, a formalização da possibilidade da súmula vinculante no direito brasileiro, desde que haja decisões reiteradas e quórum qualificado de dois terços. Inclusive, no sistema *civil law*, a formalização do direito possui um valor maior.

Importa ressaltar, o presente trabalho não pretende, portanto, enveredar pela tendência maximalista no que diz respeito ao papel do Supremo Tribunal Federal (STF), corrente que tentou conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes por meio da teoria da abstrativização das suas decisões em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade (SILVA, 2016, p. 53). Não, ao contrário. Entretanto, isso não impede reconhecer o prejuízo causado à integridade do ordenamento jurídico, quando ministros do Supremo adotam posicionamentos em decisões monocráticas que divergem das suas próprias decisões pretéritas e das plenárias, analisando diferentemente os princípios em cada processo, sem apresentar a devida

fundamentação para tanto, ou seja, sem demonstrar as razões para a superação do precedente ou a sua distinção.

Na verdade, os debates sobre a teoria da abstrativização do direito surgiram no STF, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, a qual versou sobre a inconstitucionalidade da progressão de regime para crimes hediondos, cuja solução encontrada importa analisar mais acuradamente, uma vez possível servir de modelo para a questão presentemente posta.

Naquela ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa[10] já destacou que a questão central apresentada ao Supremo não foi "a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal" acerca da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime dos crimes hediondos, mas sim "a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação" daquela corte firmada em sede de *habeas corpus*. Ou seja, sem dúvidas, a insistência de juízes resistirem aos precedentes gera incômodos, a exemplo de prejuízo à segurança jurídica, igualdade e integridade do sistema.

Entretanto, diagnosticado o problema, importa investigar a solução constitucional para ele. Naquela oportunidade, os votos que buscaram respeitar a vontade de Constituição foram no sentido de sinalizar a possibilidade de edição de súmula vinculante para obter a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade concreto-difuso, inclusive, fora destaca a superveniência da edição da Súmula Vinculante nº 26[11], capaz de resolver eventual prejuízo à segurança jurídica. Ademais, no caso concreto posto em tela, poder-se-ia cogitar do *habeas corpus* de ofício, uma vez que incabível a reclamação constitucional. Em outros termos, anui-se com a crítica à proposta de mutação constitucional nos moldes sugeridos na Reclamação nº 4.335/AC, quer-se dizer, a que não apenas muda a norma construída pelo intérprete, mas também propõe um "novo texto" para lhe servir de base, tal qual pretendeu, por exemplo, o ministro Eros Roberto Grau[12].

---

[10] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.335/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Interessados: Odilon Antonio da Silva Lopes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 2 fev. 2018. p. 98.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 26**. Brasília, 23 dez. 2009: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.".

[12] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.335/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Interessados:

De qualquer modo, inegável que não apenas decisões de outros juízes ou tribunais prejudiquem a segurança jurídica, a isonomia e a integridade do sistema, como acontecera sobre a vedação à progressão de regime de crimes hediondos, mas também decisões monocráticas dos ministros do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) podem divergir tanto horizontalmente (seus próprios precedentes) quanto verticalmente (precedentes das turmas ou do plenário) e, assim, causar tais perturbações no ordenamento, tal qual vem acontecendo atualmente com o sentido e o alcance do princípio da presunção de inocência. Nessa hipótese, qual a solução constitucionalmente estabelecida?

Na ausência de precedente vinculante e inviabilidade de obter o quórum de dois terços para a expedição de súmula vinculante, medida administrativa do STF que se impõe para fins de resguardar e realizar os princípios prejudicados é a inclusão em pauta para fins de julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), as quais provavelmente serão parâmetros unanimemente adotados para as decisões monocráticas em processos de controle concreto-difuso pelos ministros, ao menos espera-se, já que "o acórdão prolatado no controle abstrato-concentrado determina coisa julgada material, no âmbito das decisões da Corte produzidas no caso concreto" (SILVA NETO, 2013, p. 291).

Apenas assim será recuperada a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, por meio de consolidação no Supremo do seu conceito do princípio da presunção de inocência, ainda que inevitavelmente a sua decisão seja qual for venha a continuar a sofrer críticas populares ou doutrinárias. Alguns jornais noticiaram matéria, inclusive, no sentido de que seria inadequada a inclusão em pauta de tais ações, pois poderiam vir a ensejar alteração da jurisprudência e resultar na possibilidade de Luiz Inácio Lula da Silva recorrer em liberdade, ao invés de ser imediatamente preso após esgotados os recursos nas vias ordinárias[13].

Ouça-se divergir de tal sugestão proveniente do clamor midiático e popular unicamente sob o argumento de a jurisdição constitucional dever reparar a insegurança jurídica instalada pelas decisões conflitantes, o que não se considera pouco, ao contrário. Ainda que sob o louvável argumento de intensificar o combate à corrupção, não respeita os princípios constitucionais a conduta de não conferir a devida celeridade às soluções do sistema para a crise instalada no ordenamento jurídico. Afinal, não é dado um tratamento

---

Odilon Antonio da Silva Lopes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 2 fev. 2018. p. 77.

[13] EDITORIAL. É casuísmo STF voltar agora ao tema da segunda instância. **O GLOBO**, 30 jan. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/revisar-prisao-em-2-instancia-por-lula-seria-apequenar-supremo-diz-carmen-lucia-22343363>. Acesso em: 03 fev. 2017: "[...] Mas crescem as pressões sobre a ministra, o que é inaceitável, devido mesmo a este pano de fundo. Está em jogo a imagem do Supremo. Pode-se debater se subir o sarrafo da segunda instância para o STJ, a fim de ampliar o direito de defesa, não seria o mais indicado. Mas não agora, por óbvias razões."

igual aos processos. Em uns, os relatores são contrários à execução provisória da pena; em outros, a favor. O papel do Supremo, por vezes, é direcionar-se "contra o desejo da maioria" (DWORKIN, 2006, p. 146) com respaldo na legitimidade da vontade de Constituição, aprovada quase à unanimidade no Brasil. É a chamada *partnership democracy* fundamentada na rigidez da Constituição que exige quórum qualificado, oposta à mera *majoritarian democracy* (DWORKIN, 2006, p. 146), mas nem por isso menos democrática.

A situação que não pode permanecer do ponto de vista da jurisdição constitucional é que soluções (ainda que provisórias) continuem a serem proferidas monocraticamente por ministros do Supremo em sede de *habeas corpus* de forma a divergirem entre si, demonstrando prejuízo à integridade nas dimensões principiológica por em cada decisão ser destacado um princípio diverso ou até mesmo serem indicadas razões estratégicas ou de ordem política, vertical por não seguirem a decisão plenária constitucionalmente não vinculante e na horizontal por em cada caso concreto o ministro adotar uma postura diversa da que ele próprio proferiu anteriormente. Dito de outra forma, prejudica-se o princípio da igualdade, afinal, para uns, o direito de recorrer em liberdade só existe até o esgotamento das vias ordinárias, para outros, há de se esperar o julgamento pela instância especial ou, até mesmo, extraordinária. E, desse modo, gera-se desordem sistêmica prejudicial à integridade.

Assim, outra solução não pode haver, para cumprir o princípio hermenêutico da máxima eficácia dos direitos fundamentais, a não ser pautarem-se celeremente as ações declaratórias de constitucionalidade que versam sobre o princípio da presunção de inocência na esperança de que o sistema normativo recupere a segurança jurídica, a confiança e a integridade por meio do respeito à igualdade de soluções jurídicas proferidas pelo Supremo.

## 5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a introdução, no segundo tópico, ao contextualizar o presente trabalho, foram elencados, explicados e situados cronologicamente os principais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o sentido e o alcance do princípio da inocência, demonstrando-se que havia inúmeras decisões conflitantes entre si sem quaisquer razões apontadas em sua fundamentação para tanto, principalmente do Ministro Gilmar Mendes.

No tópico terceiro, foi verificado que o constitucionalismo brasileiro é tardio, porquanto há ineficácia social dos textos constitucionais, situação decorrente especialmente da predominância da vontade de poder em detrimento da vontade de Constituição, o que pode muito bem justificar tamanha oscilação do STF sobre o sentido e alcance do princípio da

presunção de inocência, especialmente se levar em conta as decisões monocráticas divergentes tanto das plenárias quanto entre si. Constatou-se, assim, que tal circunstância impede a força normativa da Constituição.

Investigou-se, logo em seguida, os princípios que presumidamente tais (in)decisões podem prejudicar, confirmando-se que a segurança jurídica e sua dimensão subjetiva chamada de princípio da proteção à confiança, a igualdade e a integridade não conseguiam manter-se hígidas.

Por fim, ainda que venha eventualmente a contrariar o clamor midiático e popular de manter essa situação de insegurança jurídica, o papel do Supremo Tribunal Federal há de ser de guardião da Constituição, portanto, respaldado democraticamente para acima de concepções majoritárias.

Nesse aspecto, há de se reconhecer a necessidade de utilizar-se das medidas constitucionalmente adequadas para solução da crise na segurança jurídica, não sendo possível a edição de súmula vinculante por ausência de quórum qualificado de dois terços, resta tão-somente pautar-se celeremente o julgamento do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade que versam sobre o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado. Afinal, por mais louvável que seja o combate à corrupção, ele não pode acontecer fora das balizas do respeito aos direitos fundamentais.

## 6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBOSA, Rui; MELO, G. C. de. **Rui Barbosa Textos Escolhidos**. Rio de Janeiro: Livraria AGIR Editora, 1962.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n. 84.029-9/SP**. Paciente: Paulo Fernando Falkenhoff Moreira. Impetrante: Paulo José da Costa Jr. e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26 jun. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756515/habeas-corpus-hc-84029-sp/inteiro-teor-100472686?ref=juris-tabs>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n. 84.078-7/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n. 85.209-2/SC**. Paciente: Antônio Kruczkiewicz. Impetrante: Jeremias Felsky. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358753>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n. 90.645-1/PE**. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferras e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Menezes Direito. Brasília, 11 set. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756111/habeas-corpus-hc-90645-pe/inteiro-teor-100472282#>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.335/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Interessados: Odilon Antonio da Silva Lopes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP**. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 146.818/ES**. Paciente: Rodrigo Fermo Vidigal Stefenoni. Impetrante: Ricardo Tauffer Padilha. Coator: Relator do RHC n. 87.166 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-mendes-execucao-provisoria.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 146.818/ES**. Requerente: Jose Carlos Gratz. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/Portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312812333&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Terceira Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 146.818/ES**. Requerente: José Tasso Oliveira de Andrade. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/Portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312987253&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 26**. Brasília, 23 dez. 2009

DWORKIN, Ronald. **Freedom´s law**: the moral reading of the american Constitution. Cambridge: Havard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?**. Priceton: Princeton University Press, 2006.

EDITORIAL. É casuísmo STF voltar agora ao tema da segunda instância. **O GLOBO**, 30 jan. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/revisar-prisao-em-2-instancia-por-lula-seria-apequenar-supremo-diz-carmen-lucia-22343363>. Acesso em: 03 fev. 2017

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. 1st. Ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 2015.

O GLOBO. **Fala atribuída à ministra Rosa Weber em votação do habeas corpus de Lula é falsa**. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/eissomesmo/post/fala-atribuida-rosa-weber-em-votacao-do-hc-de-lula-e-falsa-entenda.html>. Acesso em: 9 abr. 2018

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei n° 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=22>. Acesso em: 2 fev. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=66>. Acesso em: 02 fev. 2018.