



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TEORIA DOS PRECEDENTES E O PROCESSO PENAL: ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Reinaldo Ferreira Guimarães

Rio de Janeiro
2017

REINALDO FERREIRA GUIMARÃES

TEORIA DOS PRECEDENTES E O PROCESSO PENAL: ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Mônica Areal

Rio de Janeiro
2017

TEORIA DOS PRECEDENTES E O PROCESSO PENAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

REINALDO FERREIRA GUIMARÃES

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado. Pós-graduado em Direito Penal e
Processual Penal pela Universidade Cândido
Mendes.

Resumo - a prisão é um dos institutos mais complexos desde a origem da vida humana. A restrição ao direito de liberdade é um dos piores temores do indivíduo. Com o passar dos anos o advento das leis e principalmente das Constituições, trouxeram limitações à prática das arbitrariedades e do direito de punir estatal. No Estado Democrático de Direito, a participação do Poder Judiciário é de fundamental importância para garantia de direitos fundamentais do cidadão. A finalidade do trabalho é analisar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução penal provisória e a possibilidade da aplicação teoria dos precedentes adotada no Código do Processo Civil de 2015 e o sistema processual penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão. Presunção de inocência. Execução Penal. Teoria dos precedentes.

Sumário – Introdução. 1. Presunção de inocência e a execução penal provisória: uma releitura principiológica do Supremo Tribunal Federal. 2. Da constitucionalidade da execução penal provisória. 3. Da viabilidade da aplicação da Teoria dos Precedentes no Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo trazer à baila as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais modificaram o entendimento consolidado daquela Corte, admitindo, dessa forma, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, ainda que pendente de julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário.

Diante desse contexto, serão mencionadas como principais fundamentos para defender a tese, a doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema, bem como as recentes decisões do STF proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP, em 17 de fevereiro de 2016 e no julgamento das liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016.

Para a análise da constitucionalidade da execução penal provisória se passa necessariamente sobre a suposta violação ao princípio constitucional da Presunção de Inocência (art.5º, LVII,CR/88), sendo este um dos principais fundamentos dessa obra.

Por outro lado, e também de vital importância, o trabalho tem por objeto verificar uma das principais repercussões do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13105/2015), especificamente os impactos da Teoria dos Precedentes Judiciais no processo penal, já que a recente codificação dispõe de instrumentos que normatizam a eficácia do tema.

O primeiro capítulo, dispõe que à luz dos princípios constitucionais e processuais existentes, sobre a possibilidade do réu condenado em 2ª instância ser obrigado a iniciar o cumprimento de pena mesmo sem ter havido sentença transitado em julgado, até então, enfrentada diferentemente pelo Egrégio Tribunal. Em particular, tem por finalidade enfrentar a discussão sobre a preservação do núcleo essencial da não culpabilidade, presunção da inocência, com respeito todas as garantias e direitos do acusado no curso do processo criminal e a compatibilidade da decisão com a Constituição.

Já o segundo capítulo, trata-se da análise processual do tema ao discorrer sobre a possibilidade de execução penal provisória pendente de julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, o qual é possível verificar, até que ponto essa decisão refletiria na eficácia dos referidos recursos, ou seja, se obstaria ou não o prosseguimento da execução penal. Nesse momento é oportuno analisar se na decisão de segunda instância esgota-se a apreciação do mérito e probatória dos autos, e, dessa forma, admitir a execução provisória da pena propriamente dita.

No terceiro capítulo, surge uma indagação sobre a suposta eficácia vinculante das decisões em comento, a qual, em decorrência do advento do novo Código de Processo Civil tem como dos principais vetores a força dos precedentes judiciais, ainda que de aplicação subsidiária. Além disso, busca-se a compatibilidade e as influências dos sistemas da *civil law* e da *common law* no sistema processual penal vigente.

A metodologia a ser aplicada no objeto nesta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, tais como, a legislação, doutrina e a jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: UMA RELEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O princípio da presunção de inocência é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil no art.5º, LVII,CR/88¹, e menciona que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sua origem remonta ao período Iluminista do final século XVIII, o qual, por intermédio de seus ideais, limitava o autoritarismo do Estado de privar a liberdade do indivíduo sem qualquer garantia.

Nesse período prevalecia o sistema inquisitório em que o juiz acumulava as funções de investigar, acusar e julgar². O magistrado tinha amplos poderes para atuar de ofício, colher provas, intervir em todos os atos processuais, ou seja, agir e atuar de acordo com a sua convicção. Não obstante, buscava-se a *verdade real* a qualquer custo, e ainda, aliado a vários métodos inquisidores, foi alvo de severas críticas e indagações, essencialmente pelos movimentos humanistas do final do século XVIII sendo o de maior relevância a Revolução Francesa de 1789. A partir de então, com o declínio do sistema inquisitivo, surgiu o sistema acusatório, que ao contrário do seu antecessor tem como premissa básica separar as funções daquele que faz a acusação (autor), de quem se defende com todos os meios de defesa e recurso a ele inerentes de quem julga (réu), e do julgador que atuará de maneira imparcial no caso concreto.

Em que pese divergências doutrinárias sobre o atual sistema processual, para prof. Renato Brasileiro³ prevalece o sistema acusatório no atual Código de Processo Penal:

quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era o misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Com o advento da Constituição Federal que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório

As decisões do STF proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP⁴, em 17 de fevereiro de 2016, e no julgamento das medidas cautelares nas ações declaratórias de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 out.2016.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.228

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2015, p.41.

constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016, ao analisar a viabilidade da execução penal provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal, trata-se de uma manifesta releitura principiológica daquela Egrégia Corte sobre o direito fundamental em epígrafe.

Como direito fundamental, o princípio da inocência é assim considerado, pois se reconhece direito atribuído à pessoa humana na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado⁵. Está inserido na primeira dimensão dos direitos fundamentais já que representa um direito do indivíduo perante à sua liberdade, assim como os demais direitos de defesa, quais sejam, direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Além disso, podemos afirmar também que a atual disposição da presunção inocência na Constituição de República Federativa do Brasil teve influência na Declaração Universal do Direitos do Homem da ONU de 1948. Ademais, a própria terminologia é alvo de divergências na doutrina⁶, pois ora é denominada presunção de inocência, por vezes presunção de não culpabilidade. Para aqueles que defendem a nomenclatura presunção de inocência, tem por fundamento a primeira disposição legalmente reconhecida do postulado na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1798 no seu art.9º versa que: “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.” Para o defensores do princípio da não culpabilidade, o fundamento é a expressão *culpado* do supramencionado art.5º, LVII,CR/88.

A mudança de paradigma do STF, divergindo da tese predominante desde do ano 2009 no julgamento do HC nº 84.078/MG⁷, admite a execução da pena depois da decisão e condenatória confirmada em segunda instância e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para o relator do HC nº 126.292/SP⁸, o Ministro Teori Zavascki, a presunção da inocência do réu deve ser até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau pelo Tribunal. A partir desse momento exaurem-se os efeitos desse princípio, já que os recursos

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseRepercusao&url=http://tinyurl.com/gkwvkb9>. Acesso em: 23 set.2016

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.301

⁶ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%29&ENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em 23 set.2016.

⁸ Idem, op.cit., nota 4.

cabíveis no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal não admitem efeito suspensivo, ante a impossibilidade de se discutir questões fático-probatórias, conforme preceitua as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF. Logo, na opinião do Ministro Teori Zavascki⁹, a essência do princípio da presunção da inocência não foi violada, pois até o momento o qual o réu era oportuno se defender, ou seja, no curso do processo ordinário criminal, ele possuía todos os meios de defesa e recursos inerentes à sua disposição e era considerado inocente.

Corroborando com o princípio da presunção da inocência, o art.5º,LXI,CR/88, impede a prisão anterior a sentença penal condenatória transitada em julgado, salvo se estiver em prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. No âmbito infraconstitucional o art.283 do Código de Processo Penal (CPP), com a nova redação da Lei nº 12403/11, admite ainda a possibilidade de prisão preventiva ou temporária no curso da investigação criminal ou no processo. Diante do atual entendimento da Suprema Corte, suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade do referido artigo.

Ocorre que foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e número 44 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Plenário do STF, no dia 05 de outubro de 2016, indeferiu as liminares pleiteadas nas respectivas ações, tomando-se por base o art.283 do Código de Processo Penal, o qual não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância. As ações tinham por objetivo a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatada em segunda instância, já que o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP¹⁰, ainda que em sede de controle de constitucionalidade incidental (difuso), ou seja, sem força vinculante, os tribunais do país passariam a adotar idêntico posicionamento. A referida discussão também será objeto de estudo do presente artigo científico no capítulo sobre a aplicação da Teoria dos Precedentes no Processo Penal.

Nesse diapasão, cabe ressaltar o entendimento doutrinário¹¹ de que o princípio da presunção da inocência possui três dimensões distintas, a saber: regra de tratamento, regra de julgamento e a regra de garantia. A regra de julgamento está adstrita ao campo probatório, agindo como regra de distribuição do ônus da prova. No que tange à regra de garantia, cabe a

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gkwvkb9>. Acesso em: 23 set.2016

¹⁰ Idem, op.cit., nota 4.

¹¹ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 228.

autoridade policial e ao Ministério Público respeitar os direitos e garantias inerentes ao réu na persecução criminal e em juízo.

Contudo, busca-se por intermédio do princípio da presunção da inocência na dimensão de regra de tratamento, as principais divergências e debates do presente trabalho, pois de acordo com essa última, embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ser ele tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.

Nesse sentido, conforme as decisões supracitadas proferidas pela Suprema Corte, essa regra de tratamento esgota-se na decisão de segunda instância que confirma a sentença condenatória, sob pena de preclusão da análise do mérito da demanda.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Conforme já mencionado no capítulo anterior, o julgamento do HC nº 126.292/SP¹² representou uma mudança de paradigma no entendimento do STF desde o ano de 2009.

Nos autos do referido *writ* discutiu-se a legalidade/constitucionalidade do ato do Tribunal de São Paulo o qual determinou o início da execução penal após ter negado provimento ao recurso exclusivo da defesa.

Diante da sensibilidade do tema, o Ministro Teori Zavascki levou a discussão ao Plenário já que possuía entendimento diverso existente no HC nº 84.078/MG¹³ de relatoria do Ministro Eros Grau em 2009. Naquela oportunidade, o Egrégio Tribunal se manifestou no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado representava uma antecipação do juízo de culpa e por conseguinte a violação do princípio da Presunção da Inocência nos termos do art.5º, LVII,CR/88.

Assim, por intermédio desse antigo entendimento o condenado somente poderia aguardar o julgamento do Recurso Especial ou Recurso Extraordinário preso, desde de que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art.312, CPP). Dessa forma, ele poderia ficar preso cautelarmente, e não como execução provisória da pena.

Não obstante, foram apresentados novos pressupostos para a mudança de entendimento da aplicação da execução penal provisória pelo Egrégio Tribunal.

¹² BRASIL, op.cit., nota 4.

¹³ Idem, op.cit., nota 7.

Um dos principais argumentos utilizados para a mudança de entendimento foi o de que no ordenamento pátrio vigente o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não se objetiva a análise de matéria fática probatória, mas somente as suspostas violações a Carta Magna e a legislação federal vigente.

Nessa linha de inteligência, o Ministro Teori Zavascki¹⁴ afirmou que a decisão de segunda instância esgota-se na análise de provas, fatos e materialidade do crime. Portanto, sendo o réu condenado em duas instâncias é porque já possui um juízo sólido de culpa.

Desse modo, o art.283, do CPP foi objeto de controle de constitucionalidade por via concentrada, o qual se materializou por intermédio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, cuja redação é a seguinte:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita 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.¹⁵

O Ministro Marco Aurélio¹⁶, relator de ambas as Ações Declaratórias, inicialmente deferiu a medida cautelar reconhecendo a constitucionalidade do referido dispositivo com base no Princípio da Inocência e enfatizou que “a literalidade do preceito não deixa margem de dúvidas. A culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.”

Contudo, em outubro de 2016, o Plenário do STF indeferiu as duas medidas cautelares supramencionadas, as quais tinham por objeto reverter a mudança de paradigma ocorrida em fevereiro de 2016.

A maioria dos Ministros confirmaram o entendimento já expressado no HC nº 126.292/SP¹⁷, entre eles o Ministro Edson Fachin o qual mencionou que o art.283, do CPP, em regra exige o trânsito em julgado para eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios. No entanto, o art.637, do CPP ao atribuir efeito meramente devolutivo aos Recursos Extraordinário e Especial, excepcionam a regra geral do art.283, do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CRUZ, Rogério Schietti; PACELLI, Eugênio (coord). *Repercussões do Novo CPC*, V.13, 2.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.498

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁶ MIGALHAS. *STF mantém posicionamento para permitir prisão após a condenação em 2ª instância*. Disponível:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246876,11049STF+mantem+posicionamento+para+permitir+prisao+apos+condenacao>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

Já o Ministro Teori Zavascki¹⁸, relator do HC nº 126.992/SP, ratificando o motivo pelo qual levou a discussão a Plenário naquela oportunidade aduziu que “o princípio da presunção da inocência não pode esvaziar o sentido público de justiça, porque o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última de pacificação social.”¹⁹

Todavia, o voto do Ministro Dias Tóffoli²⁰ enfatizou de forma distinta nessa última oportunidade, pois apesar de inicialmente no HC nº 126.292/SP votar a favor da prisão após a decisão de segunda instância, na votação em Plenário das supracitadas medidas cautelares, ele mudou o seu entendimento admitindo que a execução provisória da pena somente seria possível depois do julgamento do Recurso Especial no STJ.²¹

Ainda assim, prevaleceu por maioria apertada dos votos a manutenção do posicionamento para permitir prisão após a condenação de 2ª instância.

Por outro lado, para o prof. Geraldo Prado, o argumento pelo qual se analisa que os Recursos Especiais e Extraordinários não julga matéria fática, o que autorizaria a condenação em 2º grau não seria correto, pois há um equívoco entre a culpabilidade normativa e a culpabilidade fática. Segundo o autor:

Não adotamos um modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência²²

Assim, para o autor, a culpabilidade estaria totalmente vinculada ao conceito de culpabilidade jurídica, a qual somente poderá ser valorada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Pensar diferente disso seria admitir a possibilidade de aplicação do princípio da Presunção da Inocência de diferentes maneiras. Em se considerando como regra de julgamento, a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*; Considerando como regra de tratamento, seria considerar como provada a culpa anterior a condenação definitiva.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Idem, op. cit., nota 15.

²⁰ Idem, op. cit., nota 1.

²¹ Idem, op. cit., nota 15.

²² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. 2016. 40 f. Parecer. Consultante: Maria Cláudia Seixas. São Paulo. 2016.

Por fim, em controle incidental, o Ministro Marco Aurélio²³ no HC nº 138.337/SP, em sede de liminar concedida no dia 16 de novembro de 2016, manteve a coerência dos votos anteriores e mencionou que a “construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada.”

Por ocasião desse julgamento coube ainda destacar o Ministro que a decisão em Plenário do HC nº 126.292/SP não é vinculante, pois “não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no Habeas Corpus 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016”²⁴, tema pelo qual será abordado no próximo capítulo do referido artigo.

3. DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL

Outra questão polêmica dessa decisão histórica do Supremo Tribunal Federal é a possibilidade de aplicação da Teoria dos Precedentes no âmbito do Processo Penal. Com a promulgação do novo Código de Processo Civil no ano de 2015 o ordenamento processual brasileiro está passando por importantes transformações e dentre as quais podemos destacar a qualidade do precedente judicial como uma importante fonte do direito. Em que pese já existir no Código de Processo Civil de 1973 instrumentos de vinculação das decisões judiciais, é com o novel Código de Processo Civil que o instituto adquire força normativa.

Para melhor compreensão do instituto cabe mencionar algumas considerações.

O que se entende por precedente?

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior que é empregado com base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.²⁵ Ou seja, trata-se de uma decisão judicial de um caso concreto anterior que é capaz de persuadir na resolução de outras demandas semelhantes.

Cabe ressaltar que os precedentes judiciais não se confundem com o direito jurisprudencial, entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato²⁶.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 138.337*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28138337%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9xcer6r>. Acesso em: 24 nov.2016

²⁴CANÁRIO, Pedro. *Decisão sobre “execução provisória da pena” não é vinculante, diz Marco Aurélio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/decisao-execucao-provisoria-nao-vinculante-marco-aurelio>>. Acesso em 20 ago.2017.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p.427.

²⁶ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.

A origem do referido instituto está diretamente relacionado ao sistema jurídico anglo-saxônico da *common law*, que tem por base a adoção dos costumes como a mais importante fonte do direito, e nessa linha pode-se citar os Estados Unidos e a Inglaterra. Por outro lado, os países que foram influenciados pela civilização romana, como por exemplo a Alemanha, se pautavam pelos seus escritos cuja denominação é a tradição jurídica romano-germânica da *civil law*, a qual predomina a subsunção da norma geral ao caso concreto²⁷.

Nesse diapasão, o Brasil apresenta um sistema híbrido com traços marcantes dos sistemas da *common law* e da *civil law*. Se por um lado adota-se o modelo anglo-saxônico em nossa ordem política-constitucional, na seara do direito privado e processual busca-se a tradição romano-germânica pautado no princípio da legalidade.

Ocorre que, na seara processual, o sistema adotado na Europa Continental distinguia o contencioso cível do contencioso administrativo formando assim um sistema duplo de jurisdição. Tal característica não foi seguida pelo ordenamento brasileiro que adotou a unidade da Jurisdição. Aliás, desde a primeira Constituição de 1891, por influência do modelo norte-americano adotou-se o instituto da *judicial review*, típico da *common law*, o qual admite o protagonismo do Poder Judiciário para garantir a eficácia da Constituição pelos demais Poderes, trata-se de aplicação do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), consagrado atualmente na Constituição de 1988 no seu art.2º.

Dessa forma, em consonância com os ordenamentos constitucionais vigentes pelo mundo, e em razão do hibridismo do nosso ordenamento jurídico brasileiro, a adoção da Teoria dos Precedentes não violaria os princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes oriundos da *civil law*, mas tem por objetivo fortalecer o exercício do Poder Judiciário para efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurando isonomia e segurança jurídica em casos análogos²⁸.

No Brasil, os juízes por influência da *civil law* estão adstritamente vinculados a lei, ou seja, por ocasião das decisões judiciais se preocupam em exercer método intimamente dedutivo de aplicação da lei, qual seja, da subsunção da lei geral ao caso concreto. Diferentemente, os juízes da *common law* iniciam a análise a partir do caso concreto, dos fatos mais relevantes e verifica se já existe um precedente semelhante àquela hipótese.

Para a efetivação do sistema de precedentes, é de fundamental importância a aplicação do *Stare Decisis* que é uma expressão latina que significa, literalmente, “concordar com ou aderir a casos já decididos”. Em Direito, essa expressão está ligada ao respeito dos

²⁷ Ibidem., p. 30.

²⁸ Ibidem., p. 295.

próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos dos casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares.

Contudo, nada impede que exista um caso analisado que dificulte a aplicação do precedente, o qual será utilizado pelo intérprete o método denominado *Distinguishing* ou, em outras hipóteses, a possibilidade de superação do precedente, o qual é denominado *Overruling*.

Assim, em apertada síntese, o objetivo da Teoria dos Precedentes é a “previsibilidade” das decisões mesmo que isso signifique, em alguns casos deixar de decidir da melhor maneira. Contudo, na hipótese do caso em questão ser diverso do analisado ou na hipótese de as razões dadas no precedente exigirem superação, o precedente deixa de ser vinculante. O afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o “princípio da presunção em favor do precedente”²⁹

O recente Código de Processo Civil de 2015, no Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), consolidou o sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio. Os artigos 926 a 928 do referido código estabeleceram uma teoria geral do sistema de precedentes. Como principais instrumentos de vinculação obrigatória do sistema supracitado destacam-se: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos.

Diante dos argumentados apresentados, indaga-se sobre a aplicabilidade da teoria dos precedentes no âmbito processual penal, e por consequência, se a decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal a respeito da execução penal provisória pode ser considerada um precedente judicial.

Primeiramente, cabe mencionar que o art.15, do CPC/2015 versa que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código serão aplicadas de maneira supletiva e subsidiária. Há quem defenda que essa aplicação no processo penal é subsidiária, já que o sistema de precedentes (sistema

²⁹ Ibidem., p. 299.

precedentista) positivado pelo CPC/2015 será aplicado em todos os setores da novel legislação, parte geral e Especial, bem como os demais ramos do direito processual.³⁰

Por outro lado, há o entendimento de que a aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o Código de Processo Civil se o Código de Processo Penal, os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.³¹

Em segundo lugar, ressalta-se que o direito material incriminador tem como princípio basilar a Legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) nos termos do art. 5º,XXXIX, da Carta Magna de 1988 e no art. 1º do Código Penal. Tal princípio tem por fundamentos a taxatividade e a certeza da norma penal e por consequência vedam a analogia *in malam partem*. Na seara processual penal a regra é da aplicabilidade imediata das normas (*tempus regit actum*).

Dessa forma, aplicando a teoria dos precedentes no âmbito penal devem ser respeitadas as peculiaridades do ramo específico. Assim, por exemplo, precedentes criminais (direito material penal) em ordenamentos de *civil law* e híbridos, como o brasileiro, jamais poderão implicar analogia *in malam partem*, pois isto significaria ultrapassar a vedação da analogia no direito penal. Igualmente, precedentes não poderão criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador.³²

Em razão da natureza processual da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena após a confirmação do órgão colegiado, e conseqüentemente, o esgotamento das instâncias sobre a análise probatória (HC nº 126.292/SP), aplica-se nesta hipótese o princípio da imediatidade das normas processuais.

Considerando que as tais normas previstas no novo Código de Processo Civil formam um microsistema da teoria de precedentes devemos analisar a sua pertinência no direito penal e processual penal em razão das restrições e limitações inerentes.

Para Hermes Zaneti Júnior³³, no direito penal a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina. Confiar em precedente para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito.

³⁰ BASTOS, Fabrício; FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel, *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 629.

³¹ CABRAL, Antônio do Passo; CRUZ, Rogério Schiatti; PACELLI, Eugênio, (coord). *Repercurssões do Novo CPC: Processo Penal*, V.13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 461.

³² *Ibidem.*, p. 454

³³ *Ibidem.*, p.459

Todavia, em um outro entendimento, a adoção da teoria dos precedentes independentemente do ramo a ser aplicado é de fundamental importância para a efetividade das garantias em um Estado Democrático de Direito, já que um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.³⁴

CONCLUSÃO

O tema em epígrafe por si só já remete a uma das mais importantes conquistas do indivíduo no mundo contemporâneo, qual seja, o direito de liberdade.

Nesse sentido é de suma importância que o Poder Judiciário de forma fundamentada e racional decida entre a excepcionalidade da prisão ou a prevalência do princípio da Presunção da Inocência.

Em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento de validade a observância das leis, o Judiciário tem papel destacado não só na solução dos conflitos em interesse mas também de interpretar a Constituição e as leis garantindo assim a máxima efetividade das normas.

A pesquisa científica apresentada buscou traçar os pontos de maiores relevância das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP, em 17 de fevereiro de 2016 e no julgamento das liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de números 43 e 44, realizado em 05 de outubro de 2016 sobre a execução provisória da pena.

A par disso, o presente artigo científico analisou duas importantes premissas das supracitadas decisões, sendo uma de caráter material devido a uma suposta violação Princípio da Inocência e outra de cunho processual, admitindo a possibilidade da confirmação da execução da pena pelos Tribunais, pois, a partir desse momento exaurem-se os efeitos daquele princípio, já que, os recursos cabíveis nos Tribunais Superiores não admitem efeito suspensivo, ante a impossibilidade de se discutir questões de mérito e probatórias.

³⁴MARINONI, Luis Guilherme, *A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.102.

Se o entendimento da Egrégia Corte é no sentido de admitir a execução provisória da pena por todos os argumentos ora apresentados, nada mais legítimo àquele órgão que harmonize o ordenamento jurídico vigente, já que, em última análise, tem o dever de interpretar o texto Constitucional.

Não obstante, apresentou-se no presente trabalho o advento da teoria dos precedentes no novel Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e sua possível repercussão no Direito Penal e Processual Penal e por conseguinte na histórica decisão da execução provisória da pena.

Nesse mister, os fundamentos apresentados da teoria do precedentes propõem-se levar ao leitor a uma reflexão não só no que diz respeito a simples aplicação na já comentada decisão da execução provisória ou no processo penal, mas também a exigência cada dia mais presente de um modelo que garanta a coerência e estabilidade das decisões, sem abdicar, contudo, do postulado constitucional da duração razoável do processo, evitando, dessa maneira, a instabilidade das decisões do Poder Judiciário.

Contudo, em que pese a decisão da Suprema Corte aplicando a regra de hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais ao Princípio da Presunção de Inocência, as recentes decisões monocráticas dos ministros do STF, posteriores a decisão do Plenário de fevereiro de 2016, levando em consideração fundamentos distintos da mudança de paradigma, sinalizam pela dificuldade do reconhecimento da natureza vinculante do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 23 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENU%2E%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em: 23 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 138.337*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28138337%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9xcer6r>. Acesso em 24 nov.2016

CABRAL, Antônio do Passo, CRUZ, Rogério Schietti e PACELLI, Eugênio, (coord). *Repercurssões do Novo CPC*, V.13. Salvador: Juspodivm: 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria e crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes, *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm: 2016.