

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S) : JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhora Presidente, eminentes pares, Senhora Procuradora Geral da República, Senhores advogados, senhoras e senhores, recebam todos os meus cumprimentos.

Ouvindo os belos e profundos votos proferidos, ocorre-me uma observação que faço para fins de registro: V. Exa. está me concedendo a palavra em quinto lugar, quatro votos foram proferidos até agora, estando o placar em três votos pela denegação da ordem e um voto pela concessão.

Um cumprimento especial aos colegas que me antecederam, em especial ao eminente relator, a quem renovo minhas homenagens.

Retomo meu voto, o voto que pretendia proferir na íntegra na assentada no dia 22 de março último. E o retomo com a pergunta que formulei ao iniciá-lo, na convicção de que a resposta definiria o voto a ser por mim proferido. Perguntava eu então:

AFINAL, O QUE ESTÁ EM MESA PARA SER APRECIADO POR ESTE PLENÁRIO?

Rememorei naquela assentada tratar-se de habeas corpus preventivo, impetrado inicialmente contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça INDEFERITÓRIA de LIMINAR em *habeas*

corpus em trâmite naquela Corte, *habeas corpus* este que viera de receber **um aditamento provocado** por fato superveniente, consistente no **juízo de mérito da impetração** pela Quinta Turma do STJ no sentido da denegação da ordem.

Explicitei, na sequência, que em face do aditamento recebido pelo eminente Relator, Min Fachin - em que atacado, repito, acórdão do STJ-, eu reputava superado o óbice da Súmula 691 e afastava a causa de extinção do feito sem resolução do mérito representada pela alteração do título prisional, que em princípio conduziria, pela jurisprudência da 1ª Turma, à declaração do prejuízo da impetração. E isso - fundamentei então -, por não privilegiar a forma pela forma, vale dizer, por não considerá-la um fim em si mesma, reverenciando-a, isto sim, como relevante fator de segurança jurídica, nessa medida essencial ao sistema de justiça.

Invoquei, ao final, o princípio da colegialidade, para conhecer do *habeas corpus* veiculado no aditamento, após identificar diversos julgados em que *habeas corpus* em situação idêntica, ou similar, foram conhecidos por este Plenário, um deles, inclusive, com um único voto contrário, o meu.

Peço licença para acrescentar hoje, *a vol d'oiseau*, e apenas para não deixar passar em branco, minha compreensão quanto ao exercício do poder geral de cautela do juiz para assegurar o resultado útil do processo, sempre que presentes a plausibilidade do direito pleiteado - o dito *fumus boni juris*, a fumaça do bom direito - e o *periculum in mora*, o perigo da demora, em especial diante de obstáculos acaso gerados pelo próprio Poder Judiciário à pronta solução dos feitos. E o faço, ilustrando **o caráter da jurisdição cautelar**, reportando-me a duas decisões da minha lavra em processos submetidos a este Plenário:

1) Assim, **na ADI 4874**, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em que discutida, em sede de controle abstrato, a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.782/1999, bem como da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de

Vigilância Sanitária nº 14/2012, relativa à restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, **deferi**, na condição de relatora, tendo em conta aspectos invocados pela parte autora e requerimentos deduzidos pelos *amici curiae*, forte no **poder geral de cautela** (à época os arts. 798 do CPC/1973 e 21, IV e V, do RISTF) e **a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados, a medida liminar requerida para suspender a eficácia de dispositivos impugnados até sua apreciação pelo Plenário da Casa.**

E o fiz, na ocasião, **apesar do meu entendimento pessoal contrário à pretensão veiculada na ADI**, consoante finalmente vim a expor no julgamento de seu mérito, para – repito – **assegurar a aplicação isonômica do Direito**, diante do conjunto de circunstâncias lá explicitadas, em que destaco a notícia da **suspensão dos efeitos** daqueles dispositivos por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao confirmar a antecipação dos efeitos da tutela deferida em primeiro grau, inclusive com o indeferimento de pedido de suspensão de liminar manejado perante a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a abrangência da decisão da Corte Federal **não alcançava a integralidade do setor econômico** virtualmente afetado pela Resolução impugnada.

Ainda que contrária à minha compreensão pessoal, repito, entendi presente o requisito da chamada **fumaça do bom direito diante da fundada controvérsia quanto ao tema de fundo**, do ponto de vista da sua constitucionalidade. E tanto assim era que, ao recentemente ser apreciado o seu mérito neste Plenário, ocorreu empate na votação (5x5, impedido um Ministro);

2) em 29.11.2017, este Plenário, por maioria, julgou **improcedentes** as ADIs **3406 e 3470**, nas quais pretendida a declaração de inconstitucionalidade de lei fluminense - a Lei nº 3.579/2001 -, pela qual se proibira, no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de amianto e de produtos que o

contivessem. Na oportunidade, esta Suprema Corte, não obstante o **juízo de improcedência**, deliberou no sentido de declarar **incidentalmente**, com efeito vinculante e *erga omnes*, a **inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995**, a disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do asbesto/amianto no **âmbito federal**. Ao final, suscitada da tribuna a modulação dos efeitos **dessa declaração de inconstitucionalidade incidental** – e não da lei fluminense objeto do pedido de deduzido na ADI –, proclamou-se o entendimento de que deveria ser veiculado o pedido mediante a oposição de embargos declaratórios.

Nessas circunstâncias, foi-me endereçado, como relatora, pedido de tutela de urgência, em face do risco de prejuízo grave e irreparável que poderia vir a tornar inócuo, pela demora, eventual acolhimento do pedido de modulação dos efeitos quando examinados os vindouros embargos de declaratórios, cujo manejo estava a depender da publicação do acórdão, sabida a existência do prazo regimental de sessenta dias para tanto. Forte mais uma vez no poder geral de cautela e nos moldes dos **arts. 297, 932, II, 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015**, deferi a pretensão cautelar para suspender, em parte, os efeitos da decisão, **no ponto tão só em que atribuída eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade daquele preceito da lei federal** até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração. Na esteira do entendimento consagrado ao julgamento da **Rcl nº 2.576-4/SC** (Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20.8.2004), a decisão do STF que, no exercício da jurisdição constitucional abstrata, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeitos desde a publicação da ata da respectiva sessão de julgamento, mesmo que opostos embargos de declaração ainda pendentes de exame.

Faço tal registro para mostrar que, diante do confronto de **duas teses relevantes e consistentes submetidas ao exame do Colegiado**, não deixo de reconhecer a qualquer delas, mesmo àquela que não conta com a minha adesão, a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*). E

nesses dois exemplos reputei presente a fumaça do bom direito **não por ser clara e evidente a solução da questão de direito, e sim por respeito à densidade jurídica da controvérsia posta, ainda que contrária, repito, a pretensão imediata, ao meu entendimento pessoal sobre a questão de fundo, resguardando assim o resultado útil do processo.**

Dito isso, **volto hoje à pergunta inicial**, agora com amplitude alargada, ou seja, um passo à frente: ultrapassado o juízo de conhecimento, pois já CONHECIDO o presente *HABEAS CORPUS* por decisão majoritária deste Plenário no último dia 22 de março, o que temos a apreciar, quanto ao mérito, nesta continuidade de julgamento?

Narra a inicial, relembro, que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pena esta majorada em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, **com comando de execução provisória da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária**, então em vias de ocorrer diante da data prevista naquela Corte Federal para julgamento dos embargos de declaração opostos, o que, é público e notório, já se ultimou.

Daí a impetração perante o STJ – cuja decisão é objeto do presente *habeas*, a conter em seu bojo, como pano de fundo, questão constitucional da maior relevância, que está galvanizando a atenção da sociedade brasileira, pertinente à possibilidade - à luz da nossa Lei Fundamental e em face do princípio da presunção de inocência que ela consagra, nos moldes vazados em seu art. 5º, LVII, -, da chamada execução antecipada ou provisória da pena após o julgamento em segundo grau e enquanto não transitado em julgado o título penal condenatório.

Posta a pergunta, respondo-a acacianamente no sentido de que a decisão submetida ao exame deste Plenário – e para aferir, considerada a expressa destinação do *habeas corpus*, se eivada de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia -, é o acórdão da 5ª Turma do STJ.

Nas palavras do Relator, colhidas de seu proficiente voto, trata-se de *“ato concreto do STJ apontado como coator e tido como configurador de*

ilegalidade ou abuso de poder, em um caso específico”, a ser apreciado à luz do art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Constitucional, segundo o qual, relembro, conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Leio a ementa do acórdão combatido que bem expressa seu teor:

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

I - Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no mandamus, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

Habeas Corpus denegado.

Frente a tal julgado, ênfase, é que deduzido o pedido principal deste *habeas corpus* de “concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República”, e, sucessivamente, “a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos Habeas Corpus nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES”.

Delineado o quadro, passo a explicitar as premissas teóricas em que se assenta o meu voto:

(i) ponto inicialmente que a aceitabilidade das decisões judiciais proferidas por Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, por este Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes rotuladas de impopulares e antidemocráticas, deriva de dois aspectos subjacentes ao exercício da jurisdição constitucional.

O primeiro, relacionado ao conceito de democracia, que não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas populares e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, desenvolvendo funções distintas e complementares para o ótimo funcionamento do Estado de Direito. [1]

É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem, a ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas, como regra, as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição.

Esse caráter indeterminado do Direito, em especial da norma

constitucional, evidencia-se diuturnamente com a resolução das disputas interpretativas sobre o seu significado e alcance por este Supremo Tribunal Federal, mediante suas decisões, precedentes e jurisprudência.

Ainda sobre esta questão, e a legitimidade democrática da Corte Constitucional para agir como terceiro imparcial e moderador das disputas, pertinentes as observações do Professor Dieter Grimm, juiz que integrava a Corte constitucional alemã:

“Hoje, é uma verdade que as normas jurídicas não determinam e não podem determinar o comportamento judicial e as decisões judiciais de maneira exaustiva e abrangente. Somente em casos excepcionais o texto de uma norma fornece imediatamente a resposta a uma questão jurídica. Casos como esses raramente causam litígios judiciais. Em circunstâncias normais, o significado de uma norma geral em relação a um caso individual deve ser determinado pela interpretação, e a interpretação geralmente deixa espaço para mais de uma resposta válida. Isso vale para as normas jurídicas em geral. Mas, aplica-se com particular força às normas constitucionais. Constituições cumprem a função de fornecer uma base comum para os adversários políticos e, portanto, requerem um consenso político mais amplo do que as leis ordinárias. Elas também são mais difíceis de alterar. Por estas razões, as constituições tendem a ser mais abertas, bem como menos completas e consistentes do que as leis ordinárias. As lacunas na finalidade e conteúdo, portanto, precisam ser superadas através da interpretação ou concretização.

O que se segue disso é que a aplicação das normas constitucionais em concreto envolve a extrapolação para além dos dados fornecidos pelo caso. O significado de uma provisão deve ser determinado em uma operação mais ou menos complicada do raciocínio jurídico que, por vezes, dificulta o reconhecimento dos limites entre a interpretação e sua alteração. Isto é particularmente verdadeiro para o crescente número de casos em que as normas mais antigas têm de ser adaptadas a novos desenvolvimentos, principalmente no campo dos direitos básicos. Assim, para manter a afirmação de que o controle de constitucionalidade não apresenta nenhum problema democrático porque tudo o que os juízes fazem é

impor decisões prévias feitas pelo povo é uma saída muito fácil. A aplicação de normas não pode ser claramente distinguida da criação de normas. A jurisdição constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntários. As normas que vinculam o governo são, no processo de interpretação, em grande parte, "feitas" pelos tribunais." [2]

Nessa linha, o caráter distintivo da autoridade do Poder Judiciário reside no seu elemento procedimental a impor restrições de razão pública a todo processo de tomada de decisões. Nas palavras do Professor Owen Fiss, essa deferência e a aceitabilidade da autoridade do Poder Judiciário podem ser justificadas *"por uma consideração instrumental, especificamente pela crença de que, em geral, os tomadores de decisão vinculados por procedimento têm maior probabilidade do que outros de tomar a decisão correta ou produzir o verdadeiro significado da Constituição"*. [3]

(ii) anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no **art. 5º, LVII, da Constituição**, objeto do mérito, que diz com a **segurança jurídica, segurança jurídica** que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um **valor ínsito à democracia, ao estado de direito** e ao próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**. Nesse enfoque, a **imprevisibilidade**, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o **Direito em arbítrio**.

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o **Tribunal** como **instituição**, a **simples mudança de composição** não constitui fator suficiente para legitimar a **alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Nessa linha argumentativa, afirma Frederick Schauer: *"espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião"*. [4] Igualmente Neil MacCormick, para quem a *"fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer*

variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro”[5].

É dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, evolução – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – é o que pelo menos se deseja - e o Direito os segue –, a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente;

(iii) como terceiro ponto, ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este QUE há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular.

Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo.

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança

recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação. Essa compreensão tem sido endossada por expressivos doutrinadores brasileiros dedicados ao estudo do processo constitucional, dentre os quais lembram Luiz Guilherme Marinoni [6], Conrado Hubner Mendes [7] e Virgílio Afonso da Silva [8].

Nesse contexto normativo e institucional, **reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.**

Corroborar essa afirmativa o argumento esgrimido por Neil MacCormick:

Um procedimento decisório razoável é a única solução apropriada para desacordos interpessoais, situação em que todos ou a maioria dos afetados pela decisão aceitam que o desacordo é de fato razoável, e não simplesmente a face gentil dos poderosos direcionada àqueles com menor poder. Portanto, é inerente a tal procedimento a produção de determinação jurídica, operando (no mínimo) caso a caso. Os direitos ou infrações das partes, e as respectivas ações judiciais ou penalidades estabelecidas após tal debate são, ou se tornam pelo ato mesmo da decisão, os direitos ou responsabilidades jurídicas daquelas partes nos termos firmados pela opinião majoritária (ou, quando possível unânime) do tribunal em questão. Sob um sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, tais decisões também transcendem cada caso particular e são recebidas como criadoras do Direito ou como decisões que interpretam e determinam o Direito como autoridade, na medida em que se aplicam a qualquer outra pessoa dentro daquela jurisdição.”[9]

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal. Nessa senda as lúcidas observações do Professor italiano Gustavo Zagrebelsky, ex-integrante da Corte Constitucional italiana, quanto à questão da colegialidade nos tribunais, verbis:

“A atividade do Tribunal está fundada sobre as distintas personalidades dos juízes que se expressam nas salas de deliberações. Ao mesmo tempo, é rigorosamente colegiado. Isto assume um significado profundo, que vai além do mero respeito às regras de funcionamento. É mais, conquanto em outros países os juízes constitucionais estão dotados de personalidade própria e individualidades institucional, na Itália os juízes constitucionais – aos quais se reconhece a mais plena subjetividade dentro do colégio – não são nada fora do Tribunal. (...) Esta condição que claramente distingue um órgão como o Tribunal Constitucional de outro parecido político ou municipal, como um parlamento ou assembleia, pode manter-se sempre que o número de componentes seja adequado ao espírito do órgão e a sua função, ou seja, um número não muito elevado.”[10]

(iv) pontuo ainda o significado, no ordenamento jurídico brasileiro, da atribuição de **repercussão geral** a determinado julgado ou conjunto de julgados, e a delicada questão dos precedentes judiciais.

À decisão em recurso extraordinário com **repercussão geral** reconhece-se **eficácia erga omnes** (i.e. eficácia que não se restringe às partes litigantes do caso que foi decidido, tornando-se aplicável a outros casos). Esse predicado, que não é exclusivo da jurisdição constitucional, não se confunde, é certo, com o **efeito vinculante das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade**. A teor dos arts. 102, § 2º, e 103-A, caput, da CF, o **efeito vinculante** – pelo qual a observância torna-se **obrigatória, cogente** – traduz eficácia **própria e exclusiva: (1)** das

decisões de mérito proferidas no **controle concentrado de constitucionalidade**; e (2) dos enunciados de **súmula vinculante**.

Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, são, portanto, é consabido, institutos diversos.

Não obstante, ainda que a decisão proferida por esta Suprema Corte em **repercussão geral** careça da força do **efeito vinculante** propriamente dito, penso que o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de levar em conta que, na **jurisdição constitucional**, a coisa julgada – se é que o conceito é adequado – transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos. Nas Cortes Supremas, leciona Daniel Mitidiero, “o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito”. [11] Na mesma linha, Georges Abboud ressalta que o interesse tutelado, aqui, “é difuso e sua natureza é objetiva”. [12]

Assim, o fato de carecer o *decisum* proferido no regime repercussão geral de **efeito vinculante** em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito [10]. A doutrina do precedente, hoje acolhida no **art. 927 do Código de Processo Civil de 2015**, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio **conceito de justiça**, na dimensão da equidade. Dessa forma, “(...) as sentenças constitucionais, mormente as interpretativas, em razão de sua dimensão integradora e interpretativa, guardam semelhança com o precedente do *stare decisis* como **fonte do direito**. Frise-se que elas se assemelham àquele regime quanto a **constituírem importante fonte do direito e não no tocante a seu efeito vinculante**, que no regime do *stare decisis* é muito mais flexível e incide muito poucas vezes nas questões constitucionais”. [13]

O **art. 926 do Código de Processo Civil de 2015** dispõe que “os

tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Daí se compreende, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do **art. 927, III e V, do CPC**.

No que diz com a exigência de **integridade**, incorporada ao citado **art. 926 do Código de Processo Civil**, o respeito à autoridade dos precedentes deve ter, de fato e sempre, **a primeira palavra** sobre o Direito: é o necessário ponto de partida. A essa primeira palavra, muitas vezes – e espera-se que na maioria delas – nada se faz necessário acrescentar, o que não significa outra coisa senão a chancela do precedente.

Não se tratando, porém, de decisão definitiva de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (**art. 102, § 2º, da CF**), tampouco de orientação reduzida a enunciado de súmula vinculante (**art. 103-A, caput, da CF**), não há falar seja essa primeira palavra, necessariamente, também a última, pois lhe falta, como já registrado, o efeito vinculante. Nesses casos, a integridade do Direito, entendida como consistência e coerência do Direito em geral, e das decisões judiciais em particular, não se reduz, enquanto valor político-jurídico, na reprodução cega do precedente. É que a integridade, na lição de Ronald Dworkin, *"(...) exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo."*[14]

É equívoco, portanto, apreender o regime de precedentes de modo a lhe emprestar rigidez e mecanicidade. A lógica cartesiana e o pensamento dedutivo são procedimentos estranhos ao funcionamento desse sistema cuja evolução e aperfeiçoamento se deram, historicamente, de forma orgânica e indutiva. O precedente não se impõe como estatuto, como lei.

Nesse sentido, o magistério de Karl Larenz:

“Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do ‘direito vigente’, se o ‘Direito judicial’ se equipara ao Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão indubitavelmente ‘vinculados’ aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que ‘vincula’, mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada. (...) Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo ‘cegamente’ o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele corretamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.

(...)

Os precedentes podem contar a seu favor com uma certa presunção de correção; porém o juiz não deve abandonar-se a eles se qualquer prevenção, mas tem que fazer um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correção do precedente.”[15]

A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito, de outro. Sem deixar de apresentar **consistência**, o sistema deve reter flexibilidade suficiente para o seu desenvolvimento ao acomodar espaço para mudança e evolução. Ao olharmos para esse sistema com as lentes da tradição romano-germânica do Direito que aqui prevalece – legalista, estatutária – corremos o risco de abrigar, em nosso sistema, verdadeiras e nocivas distorções.

Soma-se a essa questão, outra, que lhe é conexas, e diz respeito a até que ponto uma Corte Constitucional está vinculada aos próprios precedentes, o chamado *stare decisis*.

Embora seja controversa na doutrina, a questão relativa à

vinculação dos tribunais constitucionais e Cortes de cúpula em geral às suas próprias decisões – o *stare decisis*, como já referido – (v.g., pela vinculação: Canotilho; em sentido contrário: Karl Larenz, Ives Gandra Martins, Blanco de Moraes), ainda quando tal vinculação é reconhecida, nunca o é de modo inexorável. Diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas, não há muita dificuldade em se reconhecer que o tribunal “*pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto*”. [16] Atento a essas justificações, o Código de Processo Civil de 2015 prescreveu no art. 927, §§2º, 3º e 4º [17] que a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que, entendendo pertinente, poderá o Tribunal convocar audiência pública para a rediscussão da tese jurídica firmada anteriormente.

Pertinente é o reconhecimento de que a regra do *stare decisis* é **particularmente flexível quando se trata de casos que envolvem a aplicação de preceitos da Constituição.**

O próprio instituto da *causa petendi* aberta, tão caro à jurisdição constitucional, somente faz sentido se se reconhece a faculdade de a Suprema Corte rever suas decisões, não estando a elas estritamente vinculado, especialmente diante de novos argumentos jurídicos.

Por essa mesma razão – vale dizer, o caráter aberto e progressivo da jurisdição constitucional -, não faz sentido impor, como condição de legitimidade da revisão das próprias decisões pela Corte Constitucional, qualquer espécie de limitação que assuma a forma de uma cláusula *rebus sic stantibus*.

Esse posicionamento orienta-se, a meu juízo, em compasso com a exortação de Ronald Dworkin, para quem o julgador, diante do caso concreto, não pode jamais abrir mão de buscar a resposta que preserve aquilo que ele chama de integridade do direito (*the right answer thesis*).

(v) como último ponto, destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário é o *locus* adequado para, externando cada julgador sua

posição pessoal, serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do **plenário ou do órgão especial** a que vinculados, o **art. 927, V, do CPC** define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo **art. 927, § 4º, do CPC**, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência.

A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em *habeas corpus*, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária – que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros *habeas corpus*.

Importante pontuar, por fim, o meu entendimento de que a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, *“deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.”*[18] – lição de Dworkin.

A decisão a ser tomada deve levar em conta justificção racional, do ponto de vista lógico-argumentativo, como método de interpretação jurídica necessária e suficiente para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Do ponto de vista da integridade, o respeito ao precedente não pode negar o direito subjetivo, titularizado por todo jurisdicionado, de ter seus casos julgados de acordo com a

melhor concepção das normas jurídicas vigentes.

Diante de uma dicotomia de posições substanciais, como a verificada, o dever do julgador é expor, tanto quanto possível, de modo, senão convincente, ao menos compreensível aos que seguiriam a senda diversa, as razões pelas quais o seu senso de justiça o fez optar por uma delas. Divergências interpretativas sobre o direito são ínsitas ao exercício da jurisdição, mas, ao contrário daqueles que podem se comprometer com essa ou aquela posição, esse ou aquele interesse, esse ou aquele resultado, o guardião da causa da justiça não pode se furtar, por imposição do dever de imparcialidade a que vinculado, à justificação racional da sua decisão.

O dever de fundamentação de resto, está imposto ao magistrado pelo art. 93, IX, da nossa Lei Fundamental. Ainda que as razões de decidir não sejam capazes de convencer a todos – e nunca serão – elas devem atender à pretensão de ser racionalmente compreendidas, senão por todos, pelo menos por aqueles preocupados mais com a realização institucional de um julgamento correto, do que com a vicissitude do resultado eventualmente alcançado.

O dever de fundamentação somente se densifica, enquanto norma de procedimento, quando se compreende que a decisão judicial há de expressar, no seu resultado, qualquer que seja, a consequência da aplicação imparcial do método. Em momento algum, como se vê, é possível ignorar a inescapável tensão interna à ideia de integridade da justiça: a unidade do direito e a segurança jurídica, de um lado, e a abertura para a evolução, a atualização e o aperfeiçoamento, de outro.

Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitarei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o **dever de equidade** que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da **colegialidade** que, enquanto expressão da exigência de **integridade da**

jurisprudência, é meio de atribuir **autoridade e institucionalidade** às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente.

Nessa linha de raciocínio, e sendo prevalecente neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a execução provisória “*de acórdão penal condenatório proferido em julgamento 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*” - tese consagrada por este Plenário em 17 de fevereiro de 2016, ao exame do HC 126.292/SP, da relatoria do querido e saudoso Min. Teori Zavascki (DJe de 17.5.2016), reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, **sob a sistemática da repercussão geral**, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, **não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus**, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o **locus** apropriado para revisitar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito **ainda pendente de apreciação por este Plenário-**, diante do pedido de declaração de constitucionalidade do **art. 283 do CPP**, de seguinte teor:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Como já repeti à exaustão, acórdão do STJ que se funda na orientação prevalecente desta Casa para denegar a ordem em absoluto, na minha visão - pedindo a mais respeitosa vênia aos que entendem de forma diversa, **em absoluto reitero pode ser acoimado de ilegal, abusivo ou teratológico de modo a autorizar a concessão da ordem.** Faço sim o *distinguishing* (distinção), no âmbito do *habeas corpus*, entre decisão proferida com base na afirmação de tese fundada em interpretação de texto constitucional – como ocorreu nos HCs sob a relatoria dos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki, e decisão lançada pela observância da jurisprudência prevalecente desta Suprema Corte reafirmada sob a sistemática da repercussão geral, como a da 5ª Turma do STJ contra a qual se volta a presente impetração.

Reporto-me, pela coerência que entendo deva eu manter nas decisões que profiro, às inúmeras que tenho exarado monocraticamente desde 2016, a última, inclusive, há poucos dias no HC 154.108/SP, em 19.3.2018.

À demasia, colaciono julgados colegiados desta Suprema Corte em que referendado o entendimento que norteou a decisão do STJ contra a qual se volta o presente *writ*, inclusive em feitos sob a minha relatoria, em que destaco, por todos, o HC 149120-AgR/PI, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 01.12.2017, DJe 15.12.2017, decisão com trânsito em julgado em 06.02.2018, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.

2. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento 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 (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora.

3. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau.

4. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: 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.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

Outros precedentes, a título ilustrativo, de diferentes Relatores:

“Processual penal. Embargos Declaratórios recebidos como Agravo Regimental em Habeas Corpus. Condenação por estupro de vulnerável. Execução provisória. Possibilidade.

1. (...)

2. A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

3. A orientação adotada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, não significou aplicação retroativa de lei penal mais gravosa. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.” (HC 135.567-ED/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 16.3.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...)

2. Nos termos do decidido pelo Tribunal Pleno, “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.**” (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016).

3. Na mesma direção, ao indeferir tutela cautelar nas ADCs 43 e 44, o Plenário conferiu interpretação conforme ao art. 283, CPP, para o fim de assentar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

4. Por fim, sob a ótica da repercussão geral, o Tribunal reafirmou sua jurisprudência para o fim de explicitar 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.**” (ARE 964246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016)

5. Agravo regimental desprovido.” (HC 137.908-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 06.3.2017)

“Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7492/86). Condenação confirmada em segundo grau. Execução provisória da pena

determinada. Pretendida desconstituição da medida. Negativa de seguimento ao writ por incidência da Súmula nº 691/STF. Possibilidade. Inteligência do art. 21, § 1º, do RISTF. Não ocorrência de violação do princípio da colegialidade. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor da súmula em evidência. Agravo regimental não provido.

1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal.

2. A hipótese narrada nos autos não enseja a superação do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. A decisão ora hostilizada não merece reparos, pois a questão foi resolvida nos exatos termos da jurisprudência que se formou na Corte.

3. A decisão do juízo de origem que determinou a execução provisória da pena imposta ao ora agravante não configurou reformatio in pejus e nem afrontou a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (DJe de 17/5/16).

4. Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP.

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (HC 134.863-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe

01.02.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA, DE ESTELIONATO E DE SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. ARTIGOS 168, 171 E 305 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. POSSIBILIDADE DE CONSTRICÇÃO DA LIBERDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925.

1. 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**, consoante julgamento do ARE 964.246, julgado sob o rito da repercussão geral (tema 925).

2. In casu, o paciente foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa em razão da prática dos crimes de apropriação indébita, de estelionato e de supressão de documento, previstos, respectivamente, nos artigos 168, 171 e 305 do Código Penal.

3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está

arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

4. A execução provisória da pena coaduna com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, quando mantida a condenação do paciente pela Corte local, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, no restrito espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como na atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias.

5. Agravo regimental desprovido.” (HC 138.890-AgR/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23.3.2017).

Reitero, ademais, que a jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao afastar os argumentos de *reformatio in pejus*, de retroatividade desfavorável ao paciente e/ou de violação ao postulado constitucional da presunção de inocência, ratificou a viabilidade da execução dita provisória da pena.

Senhora Presidente, enfrento este *habeas corpus* nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas.

ACOMPANHO, POIS, NO ÂMBITO DESTES HABEAS CORPUS, O RELATOR, a quem renovo minhas homenagens, DENEGANDO A

ORDEM.

É COMO VOTO, PRESIDENTE.

[1] Na literatura jurídica, nessa linha de concepção acerca teoria da separação de poderes nas sociedades e democracias constitucionais contemporâneas, está Pasquale Pasquino e John FereJohn (FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 6, n.1, 2002. p. 49-59; Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004. p. 1671-1704; Constitutional Courts as deliberative institutions: towards na institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Amsterdã: Springer, 2003), Dieter Grimm (Constitutional adjudication and democracy. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 208-209; Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. *NUJS Law Review*, vol. 4, issue 1, 2011. p. 15-29), Gustavo Zagrebelsky (La corte in politica. *Quaderni costituzionale*, XXV, n. 2, giugno 2005. p. 273-282; *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi; 1992), Owen Fiss (To make the constitution a living truth. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017), Aharon Barak ("A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". *Havard Law Review*, n. 16, 2002. p. 19-162), Stephen Brayer (*Making our democracy work: a judge's view*. Vintage Books: New York, 2011), CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989), Conrado Hubner Mendes (*Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014).

[2] Tradução livre de: "Today, it is a truism that legal norms do not and cannot determine judicial behaviour and court decisions in an exhaustive

comprehensive manner. Only in exceptional cases only does the text of a norm immediately provide the answer to a legal question. Cases like these rarely cause litigation. Under normal circumstances, the meaning of a general norm with regard to an individual case has to be determined by interpretation, and interpretation usually leaves room for more than one answer. This is true for legal norms in general. But it applies with particular force to constitutional norms, Constitutions fulfil the function of providing a common basis for political adversaries and thus require a political consensus broader than that underlying ordinary laws. They are also more difficult to amend. For these reasons, constitutions tend to be more open-ended as well as less complete and consistent than ordinary laws. Gaps in scope and content, therefore, need to be bridged through interpretation or concretisation.

What follows from this is that the application of constitutional norms in concreto involves extrapolation beyond the given. The meaning of a provision must be determined in a more or less complicated operation of legal reasoning which sometimes makes it difficult to recognise the boundaries between interpretation and amendment. This is particularly true for the growing number of cases where old norms have to be adapted to new developments; mainly in the field of basic-rights. Thus, to maintain that judicial review poses no democratic problem because all that judges do is to enforce prior-decisions made by the people is too easy a way out. Application of norms cannot be clearly distinguished from norm creation. Adjudication constitutes a mixture of cognitive and voluntary elements. The norms which bind government are, in the process of interpretation, to a large extent "made" by the courts." GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. Israel Law Review, vol. 33, 1999, p. 205-206.

[3] FISS, Owen. *To make the constitution a living truth*. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

[4] SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 37.

[5] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[7] MENDES, Conrado Hubner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF*. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 337-361. MENDES, Conrado Hubner. *Projeto de uma corte deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74; MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[8] SILVA, Virgílio Afonso. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, issue 3, p. 557-584.

[9] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti: la corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi editore, 2005, p. 67.

[11] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[12] ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos*

HC 152752 / PR

Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[13] ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[14] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[15] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

[16] ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[17] CPC/2015, Art. 927. Os juízes e tribunais observarão:

(...)

§ 2º *A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*

§ 3º *Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*

§ 4º *A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

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

[18] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins

HC 152752 / PR

Fontes, 1999.

Em elaboração