



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito - FD

MILENA GOMES BEZERRA

**A tendência de interpretação neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal
sobre a execução antecipada da pena e sua análise sob o prisma da teoria de
Ronald Dworkin**

Brasília – DF

2018

Milena Gomes Bezerra

A tendência de interpretação neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena e sua análise sob o prisma da teoria de Ronald Dworkin

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília – DF

2018

Milena Gomes Bezerra

A TENDÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E SUA
ANÁLISE SOB O PRISMA DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, **aprovada**
pela seguinte banca examinadora:

Comissão Examinadora

Professor Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão,
Doutor pela Universidade de São Paulo
Professor Orientador

Professor Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins,
Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais
Integrante da banca examinadora

Professora Ma. Ana Carolina Borges de Oliveira,
Mestra pelo Centro Universitário de Brasília
Integrante da banca examinadora

Brasília, 28 de junho de 2018.

RESUMO

Este trabalho procurou analisar se a decisão proferida na cautelar das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) nº43 e nº44 – a qual considerou ser constitucional o início da execução criminal a partir da condenação em segundo grau de jurisdição - ajusta-se à teoria de Ronald Dworkin e examinar se essa alteração jurisprudencial amolda-se à doutrina neoconstitucional. O presente estudo qualitativo utilizou como técnica principal de pesquisa a bibliográfica, esmiuçando as teorias de Ronald Dworkin e do Neoconstitucionalismo para verificar se os argumentos dos votos vencedores da cautelar das ADCs observaram os seus pressupostos teóricos. Quanto à adequação à teoria de Dworkin constatou-se que o julgamento fundamentou-se em argumentos que se afastaram da tese de direito como integridade, pois, além de serem argumentos de política, que se distanciam da dimensão da adequação, foram prestigiados os objetivos gerais da sociedade em detrimento dos direitos individuais pleiteados. No entanto, identificou-se a observância da doutrina chamada Neoconstitucionalismo pela referida decisão, uma vez que o Poder Judiciário assumiu o papel de transformador social ao interpretar a norma com métodos de ponderação para atender fins pragmáticos da comunidade, gerando riscos a valores pilares do Estado de Direito, tais como a segurança jurídica, a democracia e a dignidade da pessoa humana.

Palavras chaves: Presunção de inocência; Execução antecipada da pena; Ronald Dworkin; Neoconstitucionalismo; Estado de Direito.

ABSTRACT

This work looks for analyze whether the decision given in the Injunctions in the scope of Constitutionality Actions (ADCs) n. 43 and n. 44 - which have considered constitutional the beginning of the criminal execution from the condemnation in second degree of jurisdiction - suits the theory of Ronald Dworkin. This work also looks for examine whether this jurisprudential change agrees with the neoconstitutional doctrine. This qualitative study used as main technique the bibliographical research, with emphasis in the theories of Ronald Dworkin and the Neoconstitutionalism, in order to verify if the arguments of the winners votes of the precautionary of the ADCs observed the applicable theoretical assumptions. As to the adequacy of Dworkin's theory, it was found that the judgment was based on arguments that moved away from the thesis of law as integrity, since, in addition to being political arguments, distance themselves from the dimension of adequacy, the general objectives society to the detriment of the individual rights sought. However, it was identified the observance of the doctrine called Neoconstitutionalism by that decision, since the Judiciary assumed the role of social transformer in interpreting the norm with weighting methods to serve pragmatic purposes of the community, generating risks to pillar values of the State such as legal certainty, democracy and the dignity of the human person.

Keywords: Presumption of innocence; Early execution of sentence; Ronald Dworkin; Neo-constitutionalism; Rule of law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
	2.1 <i>HABEAS CORPUS</i> N° 84.078/MG	15
	2.2 <i>HABEAS CORPUS</i> N° 126.292/SP	17
	2.3 <i>HABEAS CORPUS</i> N° 152.752/PR	19
3	PRESSUPOSTOS DA TEORIA DE DWORKIN	24
	3.1 DIFERENCIAÇÃO DE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E DE POLÍTICA	24
	3.2 DECISÕES JUDICIAIS: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO	27
	3.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE	29
4	ANÁLISE DA CAUTELAR DAS ADCS N°43 E N°44 À LUZ DA TEORIA DE DWORKIN	35
	4.1 ARGUMENTOS DAS PETIÇÕES INICIAIS E DOS VOTOS VENCEDORES NO JULGAMENTO DAS ADCS N°43 E N°44	35
	4.1.1 Seletividade do sistema penal	38
	4.1.2 Expectativa da sociedade por justiça	40
	4.1.3 Ineficiência do sistema penal	43
	4.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL	45
5	APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL NA CAUTELAR DAS ADCS N°43 E N°44	50
	5.1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	50
	5.2 A TENDÊNCIA NEOCONSTITUCIONAL NA DECISÃO CAUTELAR DAS ADCS N°43 E N°44	53
	5.2.1 Impacto da modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência	54
	5.2.2 A previsibilidade e a estabilidade das relações diante da aplicação da interpretação neoconstitucional	56
	5.2.3 A legitimidade da decisão que permite a execução provisória da pena	59
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade constitui um dos bens jurídicos de maior valia para o ser humano, ele é elencado nos tratados internacionais e nas normas, na maioria das vezes, ao lado de outros direitos essenciais à condição da natureza humana como, por exemplo, o direito à vida, sendo possível verificar sua importância nos textos da Constituição Federal de 1988¹ e da Declaração Universal de Direitos Humanos².

A relativização do direito à liberdade decorre da violação por membro da comunidade do pacto social que preveja a privação ou a restrição da liberdade, resguardada tal relativização pelo chamado Estado de Direito. Desse modo, as penas de privação ou restrição de liberdade devem respaldar-se em um devido processo penal que busque aferir com veracidade e justiça a culpabilidade do acusado, pois a violação da liberdade constitui dano irreparável, assim como a vida.

O princípio da presunção de inocência como instrumento de proteção ao direito à liberdade, em especial a liberdade *stricto sensu*³, representa relevante garantia de defesa desse direito. Assim, ao tratar sobre a execução antecipada da pena, que enseja na restrição de liberdade de um indivíduo, surge a necessidade da análise sobre a aplicação e extensão do princípio da não culpabilidade.

No Brasil, em meio à recente alteração jurisprudencial sobre a possibilidade a execução antecipada da pena, levantou-se grandes debates sobre o referido princípio constitucional e a possibilidade de execução da prisão a partir da segunda instância recursal.

Essa recente alteração jurisprudencial ocorreu em 2016 com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP⁴. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal - STF

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

² Artigo III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

³ O autor Leonor Batisti esclarece o objeto jurídico imediato de proteção do princípio da presunção de inocência, assim diz: O objeto jurídico que de imediato se percebe ser protegido pela presunção de inocência é a liberdade. Mais exatamente, a liberdade *stricto sensu*, qual seja, o direito a não ser privado da liberdade. Em particular, a liberdade de ir e vir, posto que a privação de liberdade impede por primeiro esta livre disposição. (BATISTI, 2009, p. 134)”

⁴ CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

modificou sua orientação firmada em 2009⁵, entendendo os ministros da Suprema Corte brasileira que a prisão em segunda instância não violaria o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Tal mudança de orientação foi observada por inúmeros tribunais que entenderam por iniciar a execução da pena com a decisão do tribunal ordinário em grau de apelação, a exemplo, o Tribunal Regional da 4ª Região, o qual editou Súmula 122⁶ em dezembro de 2016 estabelecendo que, após a jurisdição criminal de segundo grau, deve ser iniciada a execução da pena do acusado, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

Em razão das controvérsias geradas no meio acadêmico jurídico e na sociedade civil sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADCs nº43 e nº44 que, em sede cautelar, confirmaram o entendimento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP de permitir a prisão em segunda instância.

O recorte do presente trabalho de conclusão de curso incide justamente sobre os argumentos dos votos vencedores no julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44 proferidos em outubro de 2016. Esses argumentos utilizados para fundamentar a decisão que admite a execução antecipada da pena serão analisados dentro de duas correntes teóricas, quais sejam: a teoria de Ronald Dworkin e a teoria do Neoconstitucionalismo.

A primeira, Dworkin apresenta uma concepção de Estado de Direito “centrada nos direitos” em que o texto legal deve refletir os princípios da personificada “comunidade de princípios”. O referido autor defende o chamado direito como integridade, no qual os juízes possuem a obrigação enxergar as normas dentro de um sistema coerente de princípios, devendo, conforme o caso, descobrir normas implícitas entre ou sob normas explícitas à luz de princípios fundamentais.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

⁵ Em referência ao Habeas Corpus nº 84.078/MG.

⁶ Súmula 122 do Tribunal Regional da 4ª Região: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. D.E. (Judicial) de 14-12-2016

Dessa forma, Dworkin apresenta uma teoria de decisão judicial, na qual é dever do juiz fundamentar suas decisões com argumentos de princípio e não de política, tendo o magistrado que adotar uma interpretação construtiva que atenda tanto as dimensões de justificação e de adequação.

Já a segunda, Neoconstitucionalismo, possui três fundamentos, quais sejam: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A tese neoconstitucional valoriza o ativismo judicial atribuindo ao juiz o papel de transformador social ao utilizar na sua argumentação a técnica de ponderação de princípios constitucionais, os quais detêm força normativa e irradiam sobre todo o ordenamento jurídico.

Logo, o presente estudo busca responder a seguinte pergunta norteadora: a interpretação de tendência neoconstitucional adotada pela Suprema Corte no julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44 observou os preceitos da teoria de Ronald Dworkin?

Este trabalho utiliza como principal metodologia de pesquisa a bibliográfica⁷, na qual por meio de livros, artigos, dissertações e teses, foram analisadas as teorias, em especial a teoria de Ronald Dworkin e a teoria do Neoconstitucionalismo, a fim de auxiliar a verificação da aplicação dessas teorias no estudo de caso, qual seja os argumentos vencedores da decisão da cautelar das ADCs nº43 e nº44.

O trabalho estrutura-se em quatro capítulos de desenvolvimento, que buscam alcançar o objetivo geral de analisar se a decisão proferida na cautelar das ADCs nº43 e nº44 ajusta-se à teoria de Ronald Dworkin e examinar se a doutrina neoconstitucional norteou essa alteração jurisprudencial.

O primeiro capítulo de desenvolvimento analisou a evolução da interpretação do princípio da presunção de inocência. Esse capítulo investigou o surgimento do referido princípio no contexto internacional, bem como sua aplicação e inserção no sistema jurídico brasileiro. Para compreensão do desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema, foram elencados em três subseções os principais julgamentos que

⁷ Em definição de Antonio Henriques e João Bosco Medeiros a pesquisa bibliográfica “Consiste basicamente em selecionar informações bibliográficas (livros, dicionários, artigos científicos, documentos) que possam contribuir para explicar o problema objeto da investigação. Esse tipo de pesquisa visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa.” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017 p.106)

alteraram a orientação jurisprudencial brasileira, quais sejam o *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e o *Habeas Corpus* nº 152.752/PR.

Já o segundo capítulo visa compreender a teoria de direito de Ronald Dworkin expondo os ideais de suas obras em três subseções. Entre as principais abordagens do autor, encontram-se a concepção de direito como integridade, a chamada comunidade de princípios, a limitação da discricionariedade dos juízes e a necessidade de decisões judiciais fundamentadas em argumentos de princípio com a utilização de uma interpretação construtiva, que una as dimensões de justificação e de adequação.

O terceiro capítulo foca no estudo de caso do presente trabalho, a decisão da Suprema Corte sobre a execução antecipada da pena na cautelar das ADCs nº43 e nº44, buscando identificar quais argumentos foram utilizados nos votos vencedores da referida decisão, bem como verificar se esses argumentos aplicaram os pressupostos da teoria de Ronald Dworkin.

Para tanto, o terceiro capítulo foi dividido em duas partes: a primeira pretende conhecer os argumentos das petições iniciais e apresentar os três principais fundamentos dos votos vencedores do Supremo Tribunal Federal na cautelar das ADCs nº43 e nº44 que se distanciam da teoria de Ronald Dworkin; e a segunda parte traz considerações gerais sobre a alteração jurisprudencial que reforçam a não adequação da decisão à teoria do Dworkin.

Por fim, o quarto capítulo pretende demonstrar se haverá a aplicação da teoria neoconstitucional à decisão do STF sobre execução antecipada da pena e detectar os riscos dessa teoria sobre o Estado de Direito. Assim, inicialmente serão apresentados os pressupostos teóricos do Neoconstitucionalismo, e, em seguida, se buscará identificar a tendência Neoconstitucional na decisão cautelar das ADCs nº43 e nº44, demonstrando o impacto da modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência e os seus riscos quanto à segurança jurídica e à legitimidade das decisões.

2 EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com o rompimento do sistema inquisitivo, o princípio da presunção de inocência é positivado pela primeira vez, sob influência de ideais iluministas, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, fruto da Revolução Francesa. O referido princípio consignou-se no art. 9º da seguinte maneira: Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Conforme explica Antunes (2010 p. 41) a positivação desse princípio “significou em verdade um avanço ao sistema penal e processual penal”, pois o sistema inquisitivo, que até então vigorava, utilizava métodos como tortura para obtenção de provas e o acusado era tratado como culpado antes mesmo processo penal cabendo-lhe o ônus da prova de sua inocência.

No entanto, com os regimes totalitários, como o fascista de Mussolini na Itália e o nazista na Alemanha, o princípio da presunção de inocência sofreu retrocesso e foi desprezado na aplicação do processo penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, em meio à reflexão da lamentável indiferença dos Estados pelos direitos humanos, o princípio da presunção da inocência novamente ascendeu e foi consagrado mundialmente pela aprovação pela Assembléia Geral das Nações da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 tendo, além dos 47 países, o Brasil como signatário. A referida Declaração previu em seu art. XI.1 que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Esse fato histórico mundial influenciou o sistema processual penal brasileiro, pois ainda sem previsão legal no país, o princípio da presunção de inocência foi aplicado pela doutrina e pela jurisprudência, conforme explica Antunes (2010):

A presunção de inocência inicialmente adentrou o ordenamento jurídico brasileiro como princípio geral de direito, após a Declaração Universal de 1948, embasando, destarte, a aplicação pela doutrina e jurisprudência dos institutos vistos acima do *favor rei* e do *in dubio pro reo*, já que não havia previsão legal, e, pelo contrário, como visto alhures, presumia-se em algumas situações a culpa, para os casos de crime contra a segurança nacional. (ANTUNES, 2010 p. 51)

Em um contexto internacional, posteriormente o Brasil aderiu a outros tratados internacionais com previsões semelhantes, como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica⁸ ratificado em 1992.

Somente com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, inciso LVII, da Constituição assim declarou como direito e garantia fundamental que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O dispositivo constitucional brasileiro se diferencia das normas ratificadas em tratados internacionais, até então firmados, pois estabelece o marco final da presunção de inocência que é o trânsito em julgado, conforme explica o doutrinador Renato Brasileiro Lima:

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. (LIMA, 2016 p. 85)

Segundo os ensinamentos do citado professor Lima (2016), o princípio de presunção da inocência ou não culpabilidade deriva de duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

A regra probatória, também conhecida como regra de juízo, informa que a parte acusadora tem o ônus de provar a culpa do acusado e não havendo certeza sobre os fatos em juízo, o juiz deverá dar preferência à absolvição do réu (*in dubio pro reo*). Já a regra de tratamento impede o Poder Público de agir como se o acusado já houvesse sido condenado, devendo o réu ser tratado como inocente até que provada a sua culpabilidade.

No entanto, com a recepção do Código de Processo Penal (CPP – Decreto Lei nº3.689 de 1941), o qual em sua primitiva redação admitia o juízo de antecipação de culpabilidade⁹, pela Constituição Federal de 1988, a aplicação do princípio da presunção de inocência não se estendeu ao acusado quando em seu processo tivesse em tramitação recursos de natureza extraordinária, essa

⁸ Art. 8.2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

⁹ Doutrinador Eugênio Pacelli explica que: O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica. (PACELLI, 2017 p. 234)

interpretação jurídica era a mesma adotada antes da promulgação da atual Carta Maior.

Por conseguinte, a jurisprudência entendia que era possível a prisão em segunda instância com base nos arts. 594¹⁰ e 637¹¹ do CPP e §2º do art. 27¹² da Lei nº8.038 de 1990, conforme se verifica no HC nº 68.726¹³ e HC 72.366¹⁴ do Supremo Tribunal Federal. O artigo 594 do CPP previa a obrigatoriedade de estar preso para entrar com pedido de apelação e o art. 637 do CPP em conjunto com §2º do art. 27 da Lei nº8.038 de 1990 determinam que o recurso extraordinário não possuía efeito suspensivo.

Em 2009, com o *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, houve uma mudança desse entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, que passou a interpretar que a presunção de inocência englobaria todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, não permitindo, portando, a prisão antes de julgados os recursos especiais ou extraordinários. O professor Lima informa sobre essa modificação jurisprudencial:

Modificando tal entendimento, concluiu a Suprema Corte que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e

¹⁰ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

¹¹ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹² Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

¹³ Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

(HC 68726, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209)

¹⁴ Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar. (HC 72366, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995, DJ 26-11-1999 PP-00084 EMENT VOL-01973-01 PP-00154)

164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Afirmou-se também que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Enfatizou-se que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (LIMA, 2016 p. 87)

Em conformidade a essa alteração de entendimento, o art. 283 do CPP¹⁵ teve sua redação modificada pela Lei nº 12.403 de 2011 e passou a ter a seguinte redação:

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.

Novamente em 2016, houve alteração na orientação da aplicação do princípio da não culpabilidade com a denegação do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. O STF retornou ao entendimento antigamente aplicado, decidindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Com essa decisão, os tribunais passaram a aplicar a jurisprudência e a executar a antecipação da pena em segunda instância. Diante dessa situação, foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs nº 43 e nº 44, com sede de controle de constitucionalidade concentrado, no mesmo ano em que foi negado o HC nº 126.292/SP.

As referidas ações objetivavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP no sentido de proibir a execução de pena de prisão em segundo grau e, em cautelar, a suspensão das execuções antecipadas da pena proferidas em acórdãos de tribunais ordinários. O Plenário indeferiu o pedido cautelar das citadas ADCs. Nesse sentido, o processualista Pacelli explica que:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nos 43 e

¹⁵ Antiga redação do Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-Lei n. 3.689 de 1941): Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endosseemos as críticas feitas à opção do legislador. (PACELLI, 2017 p. 235)

Reforçando esse entendimento, em abril de 2018 foi julgado o *Habeas Corpus* preventivo nº 152.752/PR que possuiu grande repercussão social e política motivada pelo paciente do pedido ser o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. O referido *Habeas Corpus* preventivo também foi negado.

Nas subseções a seguir, serão analisados os principais julgamentos que alteraram a orientação jurisprudencial, os quais são os *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, nº 126.292/SP e nº 152.752/PR. A decisão da cautelar das ADCs nº43 e nº44 será analisada no capítulo 3, por se posicionar como recorte do presente estudo.

2.1 HABEAS CORPUS Nº 84.078/MG

O julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078 MG pelo Pleno do STF foi iniciado em 05/02/2009 e é considerado um marco da alteração jurisprudencial brasileira, pois é a partir desse julgado que se afastou a aplicação da chamada “execução antecipada da pena” com o fundamento de violação do art. 5º, inciso LVII¹⁶, e art. 1º, inciso III¹⁷, da Constituição Federal de 1988.

No caso, o réu foi denunciado pela prática de crime tipificado como tentativa de homicídio qualificado¹⁸. O acusado foi condenado para o regime fechado pelo Tribunal do Júri, que na sentença alterou o tipo penal para homicídio privilegiado com pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses. Em apelação do Ministério Público, o Tribunal do Júri modificou a decisão para a pena de reclusão de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses. A defesa interpôs Recurso Especial – Resp e, em seguida o Ministério Público requereu a prisão preventiva do acusado que foi deferida. Após o deferimento da prisão preventiva, o presidente do Tribunal estadual admitiu o Recurso Especial.

¹⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸ Na denúncia o crime cometido foi tipificado no inciso I e IV, do §2º do art. 121 combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Assim o paciente entrou com o pedido de *Habeas Corpus* – HC, que foi inicialmente negado pelo Superior Tribunal de Justiça. Por esse motivo, recorreu-se ao Supremo Tribunal Federal que remeteu o HC ao Pleno. O *Habeas Corpus* nº 84.078 foi deferido por maioria dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, acompanhando a relatoria do ministro Eros Grau.

Na votação foi considerado que não mais existia a motivação para a manutenção da prisão preventiva do acusado e, desse modo, a perpetuação da reclusão, após a desconstruída a motivação da preventiva, significaria uma execução antecipada da pena.

Nesse contexto de execução antecipada da pena, os ministros acordaram que, apesar da existência do art. 637 do Código de Processo Penal¹⁹ (CPP - Lei n. 3.689 de 1941) considerar que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, a Lei de Execução Penal (LEP - Lei n. 7.210 de 1984), que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado²⁰, sobrepõe-se ao referido art. 637 do CPP temporal e materialmente. Essa sobreposição material se dá em concordância com art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988²¹ (CF/88) que positiva o princípio da presunção de inocência.

Nos votos foi destacado que para as penas restritivas de direitos, a jurisprudência entendia que sua execução poderia ter início somente após o trânsito em julgado, conforme previsto no art. 147 da LEP²², enquanto para as penas privativas de liberdade, pena mais gravosa e irreparável, estava sendo executada em segunda instância, antes do trânsito em julgado. Esse argumento fortaleceu a deferência pelos ministros ao efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária. O ministro relator Eros Grau em seu voto destaca:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade ---indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. (BRASIL, 2010 p. 35)

¹⁹ O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

²⁰ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

²¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²² Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Vale enfatizar que, na condução dos votos vencedores, os ministros relataram que a aplicação do início da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado seria considerada afronta ao princípio da não culpabilidade. Com isso, seria constrangedor garantir a presunção de inocência em nome da garantia da propriedade e negá-la para a garantia de liberdade.

Destaca-se também que a ampla defesa garantida ao acusado, com previsão no art. 5º, inciso LV²³, da CF/88, engloba todas as fases do processo, inclusive as recursais de natureza extraordinária, caso não englobasse, não seria “ampla” a defesa.

Deste modo, foi concedida pelos ministros do STF, em um total de 7 (sete) votos a 4 (quatro), a liberdade ao paciente enquanto aguardava o trânsito em julgado da sentença condenatória, abrindo o precedente que guiou a justiça brasileira até o julgamento do *Habeas Corpus* nº126.292/SP que alterou novamente o entendimento sobre o tema.

2.2 HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP

Em 17/02/2016 o Supremo Tribunal Federal decidiu negar *Habeas Corpus* nº 126.292, possibilitando a execução provisória de acórdão penal, ainda que pendente de recurso de natureza extraordinária. Os ministros entenderam que a prisão em segunda instância não viola o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

O paciente foi condenado à pena de reclusão de 5 anos e 4 meses, em regime inicial fechado, pelo crime tipificado como roubo majorado²⁴. A defesa apelou e o Tribunal de Justiça estadual negou o provimento determinando a expedição de mandado de prisão para o acusado. Diante do mandado, foi impetrado *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que também negou o provimento a liminar, pelo ministro Presidente.

Decorrido esses fatos, a defesa entrou com *Habeas Corpus* nº 126.292/SP no Supremo Tribunal Federal e a sua 2ª Turma afetou o julgamento ao Plenário por votação unânime.

²³ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁴ Crime previsto no art. 157, 2º, I e II do CP.

A Súmula nº 691 do STF²⁵ teve a sua aplicação afastada por se tratar de caso excepcional, quando na decisão impugnada se evidencie conclusão manifestadamente ilegal. No caso, o paciente teve a sua execução provisória da pena decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo após esse ter negado o provimento do recurso de apelação. Essa decisão contraria o precedente do HC 84.078/MG que informa ser necessário o trânsito em julgado para a prisão do acusado.

Argumentou-se no julgamento do HC 126.292/SP que no juízo de apelação se exaure o exame de fatos e provas, constituindo os chamados duplo grau de jurisdição e formação da culpa na fixação da responsabilidade do acusado, sendo assegurado, em liberdade, ao réu o acesso ao juízo de segundo grau.

Dessa maneira, havendo a incriminação fundada em fatos e provas pelo Tribunal ordinário de apelação, justifica-se a relativização ou mesmo a inversão do princípio da presunção de inocência, pois nos recursos de natureza extraordinária têm análise somente sobre a matéria de direito, não existindo o comprometimento do núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que foram respeitados todos os direitos e as garantias no processo ordinário criminal.

O ministro relator Teori Zavascki (BRASIL, 2016 p. 15) afirma que “(...) os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”. Por essa razão, a Emenda Constitucional n. 45/2004 tornou obrigatória para a admissibilidade do recurso extraordinário a chamada comprovação de repercussão geral, devendo a questão constitucional transcender o interesse subjetivo da parte.

Como exemplo, a Lei da Ficha Limpa foi lembrada nos votos, pois a Lei torna inelegível o candidato que possua sentença condenatória proferida por órgão colegiado, demonstrado que o princípio da presunção de inocência não é impeditivo para que o acórdão condenatório produza efeitos antes do trânsito em julgado.

²⁵ Súmula nº 691 do STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Outro argumento enfatizado foi o de que o efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários tem sido utilizado para prolatar a execução da pena com vista de configurar prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, destaca o ministro Teori Zavascki:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. (BRASIL, 2016 p. 18)

Segundo essa linha argumentativa, seria o papel do Poder Judiciário em garantir a função institucional do processo, sendo necessária a alteração jurisprudencial atribuindo efeito devolutivo aos Recursos Especiais e Extraordinários.

O Supremo Tribunal Federal por 7 (sete) votos a 4 (quatro), nos termos do voto relator, ministro Teori Zavascki, denegou o pedido *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, permitindo a execução antecipada da pena no caso concreto.

2.3 HABEAS CORPUS Nº 152.752/PR

Em abril de 2018 houve o julgamento histórico decorrente da maior operação contra corrupção nomeada Operação Lava Jato. O *Habeas Corpus* nº152.752/PR julgou pedido preventivo de liberdade do paciente ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão condenatória de primeiro grau foi confirmada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região que o sentenciou a pena de 12 (doze) anos e 1 (um) mês pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº152.752/PR a maioria do Plenário acompanhou o voto do ministro relator Edson Fachin, denegando o pleito. O citado ministro esclareceu, inicialmente, que o objeto em análise seria a eventual ilegalidade ou abusividade da decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ que autorizou o início da execução penal.

Em julgamento o ministro Fachin defendeu que o STJ posicionou-se em conformidade com a jurisprudência firmada pelo STF, no sentido de permitir a execução antecipada da pena, jurisprudência fundada nos julgamentos da cautelar nas ADCs nº43 e nº44.e HC nº126.292/SP Alegou também sobre a necessidade dos

tribunais uniformizarem a jurisprudência, conforme prega no art. 926 do Código de Processo Penal – CPC²⁶, ato que se coaduna com a decisão proferida pelo STJ.

O ministro Alexandre de Moraes, que veio a substituir o ministro Teori Zavascki, vítima de acidente aéreo fatal em janeiro de 2017, posicionou-se no sentido de acompanhar a relatoria do ministro Edson Fachin. Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes, apontou também não existir ilegalidade ou abusividade na decisão do STJ²⁷ proferida em março de 2018. O citado ministro levantou que a alteração do posicionamento em 2016 não levou ao aumento do número de presos, que continuou praticamente inalterado. No entanto, o ministro defende que a alteração contribuiu para o combate da corrupção, *in verbis*:

É inegável que de 2016 a 2018, o retorno desse posicionamento tradicional do Supremo até 2009, refletiu muito no efetivo combate a corrupção, ou seja, não há e não houve perda em relação ao sistema penitenciário, mas houve vantagens, houve uma grande alteração nos sistema de combate à corrupção. (BRASIL, 2018b 13min – 2/3)²⁸

²⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²⁷ 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 FÉCHADO. 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 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. (HC 434.766/PR, Relator(a): Min. FELIX FISCHER, **Quinta Turma**, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018)

²⁸ Em 13'42": <https://www.youtube.com/watch?v=M2MrkZVpmBg&t=803s>

Para o ministro Alexandre de Moraes, o princípio da presunção de inocência é relativo e não pode ser interpretado de forma literal, isolado e prioritário em relação aos outros princípios, mas deve ser interpretado de forma sistemática. Dessa maneira, os tribunais superiores não têm competência de reanalisar matéria fática e, para tanto, as instâncias com cognição plena, as ordinárias, essas sim teriam competência para verificar a culpa por meio da análise de provas. Nesse sentido, o magistrado, divergindo do posicionamento do ministro Gilmar Mendes, entende que a execução antecipada da pena é a regra e não a excepcionalidade.

A ministra Rosa Weber, apesar de ter votado nas ADCs nº43 e nº44 contra a execução provisória de acórdão de apelação, denegou o pedido de *Habeas Corpus*, atentando que o objeto do pedido de HC consiste em análise do acórdão da quinta turma do STJ, independentemente da sua opinião sobre o tema. No juízo da ministra, há a necessidade de previsibilidade resultante da consistência e coerência das decisões nos tribunais as quais são denominadas virtudes do Estado de Direito, criando ao intérprete o dever de observância aos precedentes pela integridade.

Outro elemento levantado foi sobre a necessidade de atender o princípio da colegialidade, princípio ao qual informa que ao decidir em conjunto, impõe ao grupo procedimento que não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, mas juízos individuais que, após a deliberação, proclamam resultado único do ente coletivo. Dessa forma, nem só atendendo ao dever de equidade, mas também ao princípio da colegialidade a ministra Rosa Weber proferiu decisão no sentido de que na decisão do STJ não houve ilegalidade, teratologia ou mesmo abuso, pois o mesmo seguiu a jurisprudência proferida *Habeas Corpus* nº 126.292/SP do STF.

O ministro Luis Roberto Barroso levantou alguns números para sustentar denegação do pedido de *Habeas Corpus* e fundamentar a admissão da prisão em segunda instância. Entre os argumentos, sustentou que, segundo os dados da assessoria de gestão estratégica do STF, entre 2009 até meados de 2016, haviam sido apresentados 25.707 (vinte e cinco mil setecentos e sete) recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, desse total 2,93% foram acolhidos e a maior parte desse último percentual foram recursos da acusação, no sentido de agravar a situação do réu. A estatística favorável aos réus é 1,12% e o percentual de absolvições seria de somente 0,035%.

Já no Superior Tribunal de Justiça, segundo dados da coordenação de gestão de informação do STJ, entre setembro de 2015 e agosto de 2017, todas as

decisões em recursos especiais e agravos de recursos especiais das duas turmas criminais do STJ resultaram em 68.944 (sessenta e oito mil novecentos e quarenta e quatro), desse total o percentual de absolvição foi de 0,62%, sendo 1,02% dos casos houve substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. Refletindo, assim, para o ministro Barroso o baixo impacto das reformas favoráveis e conduzindo, portanto, para a necessidade manutenção do atual entendimento jurisprudencial.

Em destaque, o ministro Gilmar Mendes abriu parcial divergência, concedendo o *Habeas Corpus* até decisão de Resp pelo STJ, e informou que o entendimento firmado pela Corte nas HC nº126.292/SP abriu a possibilidade e não obrigação automática de execução antecipada da pena. O referido ministro também informou que os tribunais têm aplicado de caráter obrigatório a jurisprudência e que tem verificado a segregação indevida de indivíduos. Nestas palavras afirma o ministro:

Com tudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126292 na linha de argumentação que desenvolvi poderia ter sido outra, explico. Analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado em que tribunais automaticamente passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, porque nós conversamos sobre tudo, na segunda turma nós discutimos muito esses aspectos, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ. São situações em que iniciada a execução antecipada da pena, a partir do julgamento da segunda instância, essa venha a ser em recurso especial ou Habeas Corpus, (...), reduzida com mudança regime para o aberto ou suplantada pela absorção ou extinção de punibilidade pelo STJ. (BRASIL, 2018b 01h07min 1/3)²⁹

Após exemplificar situações em que a aplicação da execução antecipada da pena se mostrou equivocada e a respectiva prisão ilegal, o ministro Gilmar Mendes considerou ser mais seguro executar a segregação do indivíduo para cumprimento da pena a partir do Recurso Especial – Resp, no entanto, entendendo que esse posicionamento abarcaria exceções como, por exemplo, a gravidade do crime que poderá dar início no juízo de segundo grau para garantia da ordem pública. Dessa forma, o ministro alterou o posicionamento adotado no julgamento da cautelares nas ADCs nº43 e nº44, o qual considerou existir a possibilidade de início de cumprimento da pena em segundo grau mesmo quando pendente de julgamento recurso especial e extraordinário.

²⁹ Em 1'07": <https://www.youtube.com/watch?v=jqqnHt7kGaY&t=4076s>

No mais, todos os ministros da Suprema Corte brasileira mantiveram os posicionamentos adotados na cautelar das ADCs nº 43 e nº 44. Ao final, o Supremo Tribunal Federal por 6 (seis) votos a 5 (cinco), nos termos do voto relator, Ministro Edson Fachin, denegou o pedido *Habeas Corpus* nº152.752/PR do paciente Luiz Inácio Lula da Silva, permitindo a execução antecipada da pena.

No próximo capítulo serão expostos os pressupostos da teoria de Ronald Dworkin para, posteriormente, ser verificada a adequação dos fundamentos que embasaram os votos vencedores da cautelar das ADCs nº43 e nº44 à referida teoria.

3 PRESSUPOSTOS DA TEORIA DE DWORKIN

3.1 DIFERENCIAÇÃO DE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E DE POLÍTICA

Após o fim da tendência política liberal, cujo declínio resultou de um excesso de formalismo legal, fortes desigualdades sociais e econômicas e a instituição de regimes autoritários sobre a proteção do legalismo, surgiram relevantes debates questionando a teoria positivista e o liberalismo utilitarista, o que instigou o desenvolvimento de novas correntes que se opunham às doutrinas então vigentes. Entre os críticos, Ronald Dworkin merece grande destaque, principalmente pelos questionamentos a renomados autores positivistas, como Herbert Hart.

Em 1977, o norte americano Ronald Dworkin publicou sua obra intitulada *Levando os direitos a sério*³⁰, defendendo uma nova teoria liberal do direito em que, além de trazer ensinamentos conceituais, formula em sua parte normativa uma teoria da decisão judicial, a qual será explanada no presente estudo.

Iniciando a análise da parte conceitual da tese de Dworkin, o autor (2007) tece algumas diferenciações conceituais importantes à sua teoria. Em ataque a corrente positivista, Dworkin lança a tese de que o Direito não se limita somente regras positivadas, mas defende que quando os juristas raciocinam sobre obrigações e direitos jurídicos, eles recorrem a outros padrões além das regras, podendo esses serem constituídos por princípios, políticas e outros tipos, além das regras.

Ronald Dworkin diferencia primeiramente o conceito de política do de princípio e, em sequência, distingue este último do conceito de regras. Em atenção à primeira diferenciação, Dworkin (2007) denomina política como sendo um tipo de padrão que visa instituir um objetivo a ser alcançado com intuito de estabelecer alguma melhoria à sociedade, podendo esse ser econômico, político ou social. Já para o conceito de princípio, o autor denomina como um padrão a ser observado, esse padrão se baseia em uma exigência de dimensão de moral e não garante uma situação desejável para a sociedade, *in verbis*:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. (DWORKIN, 2007 p. 36)

³⁰ Publicada originalmente em inglês sob título “*Taking Rights Seriously*.”

Nessa perspectiva, o autor entende que os direitos individuais como princípios são garantias respaldadas pelo processo político que asseguram ao indivíduo a proteção de determinado direito individual independentemente do objetivo comum da sociedade.

Outra diferenciação importante elucidada por Dworkin (2007 p. 39) é entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas. Para o autor, as regras jurídicas são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, tendo como consequência no contexto fático a sua aplicação ou não, se atendidos os critérios estabelecidos pela própria regra. No que denomina princípios, dado o contexto fático não necessariamente há uma aplicação imediata de uma consequência jurídica, devendo o princípio ser considerado uma razão que conduz o argumento para uma determinada direção.

Outra característica relevante dos princípios é que esses possuem uma dimensão de peso ou importância, assim sendo, quando um princípio com outro se cruzam, o julgador deve observar a força de cada princípio diante o caso concreto. Diferentemente do que ocorre com as regras que, quando entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo o julgador descobrir qual regra é a válida e qual regra deverá ser abandonada. Desta maneira, Ronald Dworkin (2007) informa que o sistema jurídico pode regular esses conflitos de regras das seguintes formas:

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada o pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2007 p. 43)

Noutro ponto, da parte normativa da tese do autor, é abordado que existem algumas situações de litígio em que não há uma regra formalizada que regule a situação fática de forma objetiva, mas Dworkin (2007) afirma que mesmo nesses casos existe um direito mais adequado à resolução do litígio em análise, o qual deverá ser aplicado pelo juiz, não podendo o magistrado criar um novo direito, diversamente como a teoria do positivismo jurídico permite para essas situações, denominadas casos difíceis.

Para o autor (2007) os juízes não podem assumir papel de legisladores, reforçando a importante diferenciação que adota em sua tese: argumentos de princípio e argumentos de política.

Os argumentos de política fundamentam uma decisão política, demonstrando que a deliberação visa atingir um objetivo coletivo que atende a sociedade como um

todo. Os argumentos de princípio, de diferente modo, também fundamentam uma decisão política, porém sob o enfoque de garantir um direito individual ou de determinado grupo demonstrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Dessa maneira, o legislador para formular determinada política utiliza-se de argumentos de política para gerar o direito e o qualifica por princípios. De igual modo, pode também o legislador dar origem a um direito por princípios e qualificá-lo por uma política. Mas, qualquer que seja a origem ou a qualificação, quando um indivíduo requer em juízo um direito instituído por lei, o pleiteia com base em argumentos de princípio. Nesse sentido:

Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípios, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. (DWORKIN, 2007 p. 131)

Conforme uma das primeiras distinções conceituais elencadas pelo autor, são os princípios que resguardam os direitos individuais, independentemente da coletividade. Aqui fica evidente a limitação da competência do juiz em definir o direito ao caso concreto fundamentando sua decisão em argumentos de princípio, pois somente esses poderão definir o direito individual. Assim, Dworkin (2007) defende que as decisões judiciais são e devem ser geradas por princípios e não por políticas, explana o autor (DWORKIN, 2007 p. 131): “Defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por política.”

A seguir serão apresentados os argumentos para a defesa da tese do autor contra a originalidade do juiz que são: argumentos de limitação quanto à originalidade do juiz e subordinação da decisão judicial à legislação.

Primeiro argumento se deleita na ideia de que as leis, as quais a comunidade se submete, devem ser criadas por representantes eleitos e responsáveis que assumam o papel de legisladores.

A importância desse argumento para a fundamentação da decisão judicial se dá pelo fato dos juízes não serem instituídos por um processo eletivo e, conseqüentemente, não são responsáveis pelo eleitorado (DWORKIN, 2007 p. 132).

O segundo argumento preconiza que se o juiz cria nova lei então ele a aplica retroativamente ao caso concreto e, desse modo, a parte perdedora é punida por ter violado um dever criado pelo juiz após o fato.

Ante o exposto, extrai-se que ambos os argumentos reforçam que a decisão do juiz não deve criar novo direito e reprimem a originalidade da decisão judicial.

Em análise mais profunda do primeiro argumento verifica-se que as decisões políticas devem ser tomadas com o intuito de atender o compromisso social de bem estar geral e, para tanto, essas decisões devem se submeter a um processo político que permita a representação de diferentes interesses.

Quando o juiz assume esse papel de decidir uma política, retira a garantia de representação de interesses e, ao mesmo tempo, não permite qualquer responsabilização quanto às consequências do estabelecimento de novos compromissos ao eleitorado.

Registra-se também que em relação ao segundo argumento, o autor (DWORKIN, 2007 p. 133) aduz ser equivocado punir um indivíduo, com o fundamento de atender o bem comum, por um dever gerado após o fato ocorrido.

Na subseção a seguir, será analisado o diálogo necessário entre a doutrina jurídica e a teoria filosófica na fundamentação da decisão judicial.

3.2 DECISÕES JUDICIAIS: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO

No ano de 1985, Ronald Dworkin publica nova obra nomeada de *uma questão de princípio*³¹, na qual apresenta questões teóricas fundamentais da filosofia política e da doutrina jurídica.

Nesta publicação, o autor (2000) aborda dois níveis de consciência política: os casos práticos e a teoria filosófica, que envolve questões de princípio e de urgência. Segunda a teoria do Dworkin (2000 p.VIII), entre essas questões, está presente na discussão da doutrina jurídica sobre a necessidade que questões políticas, chegando ao tribunal, sejam analisadas e decididas pelo juiz, levando em consideração, ao mesmo tempo, o caso em específico e que a fundamentação seja calcada em princípios. Nessa perspectiva, se analisa o que é interpretação e até que ponto o Direito é antes uma questão de interpretação do que de criação.

³¹ Publicada originalmente em inglês sob título "*a matter of principle*".

Desta maneira, o autor (2000) se debruça em uma questão prática de como os juízes devem decidir os casos controversos, defendendo que os julgadores devem deliberar fundamentando suas conclusões em argumentos de princípio político e não por procedimento político.

Outra questão analisada no ensaio é o conceito de Estado de Direito. O autor (2000) se apoia na corrente que entende Estado de Direito como uma concepção “centrada nos direitos”, que se diferencia da concepção “centrada no texto legal” que se limita ao texto explicitado na norma. Assim é definida a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos pelo autor:

Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (DWORKIN, 2000 p. 7)

Nesse tipo de concepção, o Estado de Direito e a Justiça substantiva andam juntos, devendo o texto legal refletir os valores morais da sociedade. Por tanto, o modelo centrado nos direitos admite o texto legal como fonte de direitos morais, mas não o considera uma exclusiva fonte. Em casos em que o texto é omissivo ou controverso, a direção que o juiz deve tomar se centra em qual alternativa mais se ajusta aos valores morais de fundo, desse modo, o juiz conduzirá a sua decisão estruturada em algum princípio que melhor capta os direitos morais das partes envolvidas.

Nessa concepção de Estado de Direito centrada em direitos, os indivíduos têm poderes, podendo exigir um julgamento específico acerca dos direitos no caso. Em um contexto democrático, apesar do poder político estar nas mãos do povo, quando colocada uma decisão de direitos dentro do processo legislativo, muitas vezes, cidadãos perdem poder para esmagadores grupos de influência. Essas imperfeições de caráter igualitário nas democracias dentro do Estado de Direito podem ser melhoradas quando os julgamentos são proferidos por tribunais em análise de direitos individuais. Desta maneira, Dworkin defende a atuação dos tribunais em um Estado de Direito centrado em direitos na democracia:

O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público. (DWORKIN, 2000 p. 38-39)

Para Dworkin (2000) a revisão judicial serve para verificação de questões fundamentais de moralidade política que serão analisadas como questões de princípio e não apenas como questões de poder político. Com isso, são levadas questões fundamentais para o chamado fórum do princípio com o ideal de se alcançar a justiça.

A partir das definições conceituais apresentadas em *Levando os direitos a sério* e a análise a questão prática de como os juízes devem decidir os casos controversos, reforçada na obra *Uma questão de princípio*, Dworkin lança tese sobre o direito como integridade, que será melhor desenvolvida na subseção a seguir.

3.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE

Ronald Dworkin publica obra intitulada *O império do direito*³² em 1986 que aborda profundas reflexões sobre as divergências teóricas no direito que julgava existir nas correntes doutrinárias então predominantes e, no desenvolvimento do livro, apresentar sua própria teoria de direito. Seu objetivo é compreender de que tipo de divergência se trata e, então, defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito.

Dworkin (1999) entende que apesar do direito ser um fenômeno social, sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Assim, ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa.

Nesse trilhar, Ronald Dworkin (1999), em busca da definição do que é direito, apresenta três concepções antagônicas do direito, três interpretações abstratas de prática jurídica que o autor denomina de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”.

O autor inicia explicando o motivo pelo qual o direito se diferencia nas comunidades e, para tanto, conceitua o que ele chama de “moral popular” que se define como um conjunto de opiniões sobre a justiça e outras virtudes políticas e pessoais que são observadas como questões de convicção pessoal pela maioria dos membros da comunidade.

³² Publicada originalmente em inglês sob título “*Law’s Empire*”.

A diferença do que é direito em comunidades se dá não só pela moral popular, mas também pela sustentação de um compromisso instituído por autoridades daquela comunidade. Deste modo o autor explica que:

Seu direito pertence à comunidade não apenas passivamente, porque seus membros sustentam certas idéias sobre o que é certo ou errado, mas como uma questão de compromisso ativo, porque suas autoridades tomaram decisões que comprometem a comunidade com os direitos e deveres que constituem o direito. (DWORKIN, 1999 p. 121)

A ideia do que é direito para Dworkin (1999) deriva, em princípio, de um acordo ou compromisso da comunidade que justifica, quando violado, a utilização pelas autoridades constituídas do uso da coerção, a menos que surja algum contra-argumento excepcional, sustentado por um sistema legal.

Das definições antagônicas que buscam definir o que é direito, Dworkin (1999) explica que a concepção intitulada de “convencionalismo” sustenta que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar as convenções constituídas por decisões políticas do passado que se tornam explícitas e incontestáveis, devendo se considerar como fonte do direito as leis e os precedentes. Tal linha de pensamento rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direito e informa que:

O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. (DWORKIN, 1999 p. 164)

O não reconhecimento pelo convencionalismo dos princípios como fonte de direito, acaba afirmando que a convenção esgota o poder normativo intrínseca das decisões passadas e abre para juiz criar novo direito para os casos difíceis tornando o argumento um tanto frágil.

Já vimos em que sentido o convencionalismo é bilateral: insiste em que, se não for possível, num determinado caso, chegar a nenhuma decisão dentro da extensão explícita de uma convenção jurídica, o juiz é obrigado a criar um novo direito, o melhor possível. (DWORKIN, 1999 p. 173)

Já a concepção de interpretação da prática jurídica que o autor nomeia de “pragmatismo” sustenta que a prática jurídica é voltada para decisões independentes, as quais os juízes buscam um ideal de boa comunidade em que a justificativa para o uso da coerção se baseia em alguma virtude contemporânea à decisão, podendo essa virtude ser, entre outras, a justiça ou a eficiência, mas que o

uso da coerção pelo Estado nunca se pode justificar por decisões políticas ou judiciais do passado (DWORKIN, 1999 p. 185).

O principal objetivo dessa corrente recai na prática que servirá melhor à sociedade futura, dessa forma nega que as pessoas tenham direitos quando esse direito é pior para comunidade. Dessa maneira:

O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. (DWORKIN, 1999 p. 195)

O pragmatismo torna um pouco mais difícil prever o modo como vão comportar-se os tribunais nos casos que, do ponto de vista do convencionalismo, são fáceis (DWORKIN, 1999 p. 199). Essa definição de interpretação do direito possui uma concepção cética do direito, negando que a comunidade assegure algum direito real e ignorando qualquer coerência com o passado.

Por último, a concepção de interpretação da prática jurídica apresentada e defendida por Dworkin (1999) é a de direito como integridade. Essa teoria aceita a coerência de princípio como fonte de direito e supõe que os cidadãos têm direitos não explícitos nas convenções de políticas que decorrem de decisões de instituições políticas anteriores que autorizam a coerção.

O autor explica (DWORKIN, 1999) que a integridade se apóia em dois princípios de integridade política, o primeiro princípio é o legislativo em que conduz os legisladores tornar o conjunto de leis moralmente coerente. Já o segundo princípio é o princípio jurisdicional que requer que a lei seja interpretada com coerência a esses princípios.

Uma análise interessante da concepção de direito como integridade apresentada pelo autor (DWORKIN, 1999) é a relação existente entre a integridade e a autoridade moral do direito. Tal análise se desdobra na legitimidade do poder de coerção que se relaciona com obrigações associativas que o autor chama de obrigações políticas. Desta maneira, explica que “um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres” (DWORKIN, 1999 p. 232).

As práticas políticas de uma comunidade podem ter por objetivo três modelos de associação política que demonstram o modo como os membros de uma

comunidade política atuam. Entre modelos de comunidade apresentados estão “por acidente de fato da história e da geografia”, “das regras” e “do princípio”.

O autor defende que modelo de associação mais adequado é modelo de comunidade de princípio, em que os membros de uma comunidade estão unidos politicamente quando aceitam que são governados por princípios comuns e não somente regras criadas por processo político (DWORKIN, 1999).

Nesse tipo de comunidade, denominada comunidade de princípios, a política é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema e, conseqüentemente, como serão entendidos os ideais sobre justiça, justo processo legal e equidade. Assim, o autor explica que:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. (DWORKIN, 1999 p. 254 - 255).

Os membros dessa comunidade de princípios podem reivindicar a autoridade moral em nome da fraternidade, quando seus dirigentes rejeitam seus princípios, pois neste caso tais dirigentes perderiam qualquer pretensão à legitimidade (DWORKIN, 1999 p. 258).

Em atenção ao direito como integridade, na deliberação judicial de uma comunidade de princípios, Dworkin (1999) entende que o papel dos juízes é enxergar as normas dentro de um sistema coerente de princípios, devendo, conforme o caso, descobrir normas implícitas entre ou sob normas explícitas à luz desses princípios fundamentais.

Não existe no direito em sua completude o balanceamento de valores para alcançar uma decisão moralmente correta, pois pela integridade axiológica dos princípios, esses não são concorrentes. O juiz, portanto, deve extrair do compromisso político da comunidade, dentro da rede integrada de valores, o único princípio aplicável que justifica moralmente a única decisão possível para o caso. Deste modo o direito como integridade:

(...) o juiz, ao julgar um processo, deve fazer uma reconstrução do material jurídico com a finalidade de identificar o princípio que informa a única resposta correta para o caso concreto. Por representarem direitos, os princípios possuem natureza deontológica, não se sujeitando a um regime de concorrência com outros bens ou valores. Como só há uma resposta correta até para os casos difíceis, só há, portanto, um princípio aplicável ao caso, que, por representar um trunfo, não pode ser negociado/balanceado. (GALVÃO, 2012 p.118)

Conforme dito no início da subseção, corroborando para a ideia de direito como integridade, o autor afirma que o direito é um conceito interpretativo e, por esse motivo, apresenta como conceito político para a interpretação de uma prática social, objeto do estudo, a interpretação construtiva. A interpretação construtiva “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.” (DWORKIN, 1999 p.63)

Dessa maneira, a interpretação construtiva coloca para o intérprete a atividade de expressar sua opinião moral de valoração sobre um objeto com o fito de melhor enquadrá-lo categoria que pertença. Essa interpretação requer um chamado juízo crítico sobre a evolução da prática que melhor se enquadre na adequação e na justificação.

No direito como integridade, em um caso de direito consuetudinário, demanda do juiz, intérprete da prática social, que assuma o papel de autor na cadeia do direito consuetudinário. Com isso o juiz deve considerar as decisões passadas como integrantes de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com seu juízo moral sobre o melhor andamento a ser dado à história. Dworkin insere o juiz, em comparação a um gênero literário, como autor de um capítulo do chamado “romance em cadeia”.

Como autor de um novo capítulo, o juiz ao decidir deve levar em conta duas dimensões do juízo interpretativo na concepção construtiva em busca de criar o melhor unívoco romance possível. A primeira dimensão é a chamada adequação e refere-se ao respeito a compromissos do passado. Já a segunda dimensão é chamada de fundamentação e refere-se a ajustar a decisão aos valores que legitimam a prática jurídica.

Nesse sistema coerente de princípios, para que seja possível interpretar o direito como integridade, o juiz deve entender que a comunidade de princípios é fruto de uma comunidade personificada, como se originasse de um único autor, que espelha valores e ideais morais.

A aplicação de direitos diferentes ao estabelecido pela comunidade de princípios, que não são fundamentados por um conjunto coerente e integrado de princípios, não pode ser aceita pela comunidade personificada e conseqüentemente não há legitimidade na decisão dessa aplicação.

Eis que a teoria de Dworkin nos faz necessária para a análise dos argumentos dos votos vencedores apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas cautelares das ADCs nº43 e nº44. Esses argumentos serão recortados e analisados segundo a teoria de Ronald Dworkin no que diz respeito ao dever do juiz na argumentação e interpretação das normas em casos controversos.

4 ANÁLISE DA CAUTELAR DAS ADCS Nº43 E Nº44 À LUZ DA TEORIA DE DWORKIN

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2016 no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que admitiu a prisão em segunda instância com a execução antecipada da pena gerou certa inquietude em diversos seguimentos da comunidade, frente ao princípio de presunção de inocência.

Essa inquietude resultou em duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) com pedido liminar, sendo a primeira ação promovida pelo Partido Ecológico Nacional – PEN (ADC nº43) e a segunda proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB (ADC nº44).

A ADC nº44 foi apensada ao processo da ADC nº43 por tratar do mesmo dispositivo e por nas ambas as cautelares demandarem a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos nos quais os tribunais decidiram pela execução da pena em segunda instância com o precedente gerado pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP que, mesmo sem efeito vinculante, foi seguido por um considerável número de tribunais.

Em 01/09/2016, iniciou-se o julgamento da cautelar pelo STF, havendo o relator, ministro Marco Aurélio, votado pelo deferimento da cautelar. No entanto, o julgamento pelo Plenário findou-se pelo indeferimento da liminar, nos termos da divergência iniciada pelo ministro Edson Fachin, vencido o relator. Ao final, computou-se com 6 (seis) votos pelo indeferimento da cautelar contra 5 (cinco) votos vencidos.

Na subseção seguinte serão analisados, de maneira geral, os fundamentos das iniciais das ADCs nº43 e nº44 e, de forma mais aprofundada, nas subseções posteriores, os argumentos utilizados pelos ministros vencedores que negaram a cautelar demandada pelas ADCs nº43 e nº44. Recortar e analisar os argumentos desses votos vencedores se faz necessário para verificar se a decisão dos ministros se ajusta à teoria de Ronald Dworkin exposta no capítulo anterior.

4.1 ARGUMENTOS DAS PETIÇÕES INICIAIS E DOS VOTOS VENCEDORES NO JULGAMENTO DAS ADCS Nº43 E Nº44

As ADCs nº43 e nº44 demandam a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (Lei nº 12.403/2011) que assim diz:

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.

Na inicial da ADC nº43, o Partido Ecológico Nacional - PEN começa sua argumentação do pedido principal trazendo análises de autores amplamente conhecidos, como Kelsen, e extrai limites e liberdades para o legislador na chamada moldura constitucional com base em princípios democráticos e de separação dos poderes.

Diante disso, na linha de argumentação do PEN existe um dever de deferência à escolha realizada pelo legislador por parte dos juízes em julgar. A tese do partido é que a escolha do legislador foi pela interpretação possível do princípio de presunção de inocência no art. 283 do CPP que estabelece a necessidade do trânsito em julgado para a prisão.

Outro argumento trazido pela ADC nº43 é que a criação de nova hipótese de prisão não prevista em lei feriria o princípio da legalidade, pois há previsão de reserva legal absoluta estabelecida nos incisos XXXIX, XL e XLVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³³.

O último argumento se fundou na contrariedade de proceder com a prisão em segunda instância que geraria um acréscimo no sistema carcerário mesmo em meio a um *estado de coisas inconstitucional* apresentado na ADPF 347³⁴ que, por

³³ Constituição Federal de 1988, art. 5º: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.

³⁴ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

consequência, agravaria mais a situação dos presídios e realimentaria o próprio estado de coisas inconstitucional.

Já na inicial da ADC nº44, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB defende que o art. 283 do CPP está umbilicalmente ligado ao inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que positiva o princípio da presunção de inocência. Na petição o CFOAB argumenta que o referido art. 283 repete o dispositivo constitucional e a constitucionalidade deste artigo se apresenta de forma espelhada, não podendo a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que reproduz o próprio texto constitucional.

Em referência ao voto do ministro Celso de Mello no julgamento do HC nº126.292/SP, a petição faz alusão aos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal³⁵ que estabelece a necessidade do trânsito em julgado como pressuposto da execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direito.

Seguindo a fundamentação da inicial, o Conselho Federal da OAB aponta a necessidade dos tribunais observarem a devida incidência de inconstitucionalidade com o risco das decisões serem nulas por violação da competência relativa ao controle difuso e informa que os tribunais ao deixarem de aplicar o art. 283 do CPP incorreriam em usurpação da competência do plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal³⁶ e na Súmula Vinculante nº 10³⁷.

Ainda sob o reforço que o art. 283 do Código de Processo Penal reproduz a norma constitucional e a sua constitucionalidade é espelhada, sendo harmônico com a Carta Federal, o CFOAB destaca que a superinterpretação, ou seja, uma interpretação que ultrapasse os limites semânticos do texto, acerca do “trânsito em julgado” de forma que permita a prisão em segunda instância, significaria uma “mutilação inconstitucional” que viola a democracia. Por fim, o CFOAB fundamenta o *periculum in mora* para a concessão da cautelar com objetivo de proteger a

³⁵ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

³⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

³⁷ Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

garantia de liberdade, preservar o controle de constitucionalidade difuso e a segurança jurídica.

Dados os argumentos apresentados nas petições iniciais das ADCs nº43 e nº44, serão expostos nas subseções subsequentes os principais fundamentos dos ministros que motivaram os respectivos votos vencedores e sua aplicação à teoria de Ronald Dworkin. De maneira geral, esses ministros apresentaram três principais argumentos que são: a seletividade do sistema penal, a expectativa da sociedade por justiça e a ineficiência do sistema penal.

4.1.1 Seletividade do sistema penal

A seletividade do sistema penal foi um dos argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em especial pelos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux. Ambos exprimiram a necessidade de manutenção do entendimento de que os recursos especiais e extraordinários têm efeito devolutivo, fundando seus votos na afirmativa que a alteração jurisprudencial ocorrida em 2009 com *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, que conferiu efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários, produziu consequências negativas quanto ao princípio da igualdade. Diante disso, o ministro Luís Roberto Barroso argumenta que o efeito suspensivo dado aos recursos especiais e extraordinários:

(...) reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. (BRASIL, 2018a p. 66 e 67)

Nessa mesma linha de raciocínio, o ministro Luiz Fux também se posicionou contra o efeito suspensivo dos recursos e alude ao princípio da igualdade informando que “(...) a exigência do trânsito em julgado para efetividade da condenação penal favorece os acusados, que podem extrair generosas opções recusais com prejuízo à efetividade da duração razoável do processo” (BRASIL, 2018a p.146).

A solução mais adequada encontrada pelos ministros, frente à seletividade do sistema penal, foi a de permitir da execução antecipada da pena após o julgamento em segunda instância, conforme afirma o ministro Barroso:

(...) a execução provisória da condenação penal após a decisão de 2º grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais

republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena. (BRASIL, 2018a p. 70)

Duas ponderações importantes devem ser feitas sobre esse argumento de seletividade do sistema penal, antes de adentrar-se na refutação desse tipo de argumento pela teoria dworkiana.

Primeiro, é importante considerar o contexto político e social que o julgamento se inseriu. Em 17 de março de 2014 havia se iniciado no Brasil a maior investigação sobre corrupção com a denominada Operação Lava Jato, em que foram apuradas redes de corrupção com um total de 73 acusações contra 305 pessoas³⁸. A referida operação, até a presente data, ainda não se findou. Diante da lamentável realidade de corrupção trazida pelas investigações, entre outros escândalos, os brasileiros foram às ruas em vários estados manifestar contra a corrupção, demonstrando uma profunda insatisfação quanto ao sistema político no Brasil e, principalmente, em relação ao quadro de impunidade aos crimes de colarinho branco.

Em segundo, outro relevante detalhe é que o julgamento do *Habeas Corpus* nº126.292/SP, em 2016, que provocou justamente a mudança jurisprudencial em foco, retornando o entendimento de que os recursos de natureza extraordinária deveriam ter efeito devolutivo e que permitia a prisão em segunda instância, foi negado para um indivíduo sentenciado por roubo majorado.

Nesse caso em específico, HC nº126.292/SP, o crime praticado não é elencado como crime tipicamente de “colarinho branco”. Feitas essas considerações, adentro na teoria de Ronald Dworkin.

Para o teórico (1999), os direitos individuais são trunfos contra a maioria e independem do objetivo geral da sociedade. Esses direitos são requeridos e fundamentados por argumentos de princípio. Deste modo o autor destaca que:

(...) direitos individuais distintos como trunfos capazes de influenciar essas decisões políticas, direitos que o governo é obrigado a respeitar caso por caso, decisão por decisão. Esses direitos políticos podem ser essenciais, como o direito de cada cidadão a ter seu voto considerado igual ao de qualquer outro cidadão, ou a ter garantida sua liberdade de expressão ou de consciência, mesmo quando a violação de tais direitos pudesse contribuir para o bem-estar geral. (DWORKIN, 1999 p.268)

Neste caso em análise, não se pode justificar retirar o direito do indivíduo de permanecer em liberdade, alicerçado no princípio da presunção de inocência,

³⁸ Informações retiradas no site oficial do Ministério Público Federal, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em 24/04/2018.

quando o acusado tiver em seu processo a tramitação de recurso especial ou extraordinário, com fundamento de que o efeito suspensivo venha favorecer os chamados crimes de calorzinho branco ou indivíduos com forte poder econômico.

A concepção de Estado de Direito centrada nos direitos insiste em que os direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido (DWORKIN, 2000 p. 7).

Quando o direito individual positivado, como consta o art. 283 do CPP, é fundamentado por argumentos de princípio, esse direito deve prevalecer independentemente da contribuição à sociedade ou interesse geral da comunidade.

Mesmo que o crime seja o chamado crime de colarinho branco ou praticado por indivíduo com maior poder econômico, o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar o direito reconhecido constitucionalmente, ainda que possa gerar um descontentamento social.

Portando, o problema da seletividade do sistema penal não pode ser solucionado pelo cerceamento de direitos individuais, pois em uma comunidade de princípios o direito é protegido com base na integridade de princípios. Não é atribuição do juiz, resolver o problema da seletividade do sistema penal, mas verificar qual direito deverá ser aplicado ao caso concreto com argumentos de princípios, independentemente da pessoa e sua disposição econômica.

4.1.2 Expectativa da sociedade por justiça

A expectativa ou demanda da sociedade por justiça foi outro argumento utilizado nas teses dos ministros vencedores para fundamentar a execução antecipada da pena.

O contexto da decisão da Suprema Corte era de uma sociedade que clamava por justiça. Esse clamor reforçava-se pelo contexto social e político do Brasil que resultou em manifestações³⁹ que levaram milhares de brasileiros a protestar em favor de justiça. Além desse último, foi demonstrado, também, por vários casos descritos ao longo dos votos, o quadro de impunidade da justiça penal brasileira que levavam a indignação social.

³⁹ Vide página 39.

O ministro Teori Zavascki fundamenta a negativa para o pedido da cautelar das ADCs nº43 e nº44 indicando que “a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país” (BRASIL, 2018a p.113).

Essa expectativa mínima de justiça é reforçada também no voto do ministro Luiz Fux, que informa a inadmissão por parte da sociedade de casos de impunidade.

(...) ninguém admite que uma pessoa que tenha cometido homicídio pelas costas - e um homicídio praticado por um réu confesso - fique onze anos solto, utilizando recursos protelatórios e gerando a prescrição contrária à pretensão do autor da ação penal, que é o Ministério Público. (BRASIL, 2018a p.147)

O argumento se enquadra, segundo a teoria dworkiana, no chamado argumento de política, destacando-se aqui a preocupação sobre o contentamento da sociedade e o distanciamento do que seria desejável para toda a comunidade. Esse argumento que, para o doutrinador, detêm perfil pragmático é, de certa maneira, também utilitarista, pois busca propor uma solução que melhor atenda a sociedade como um todo, contribuindo para maximização da felicidade da mesma.

Nesse sentido, o jurista Lênio Luiz Streck critica o argumento de que o Judiciário deve buscar atender à expectativa da sociedade por justiça, taxando-o como uma tese moral e não jurídica. Dessa forma, o referido autor (2018) ressalta que:

Na verdade, há que se admitir que a tese de que é possível prender a partir do segundo grau é uma tese moral. Não é uma tese jurídica. A tese moral é a de que “devemos combater a impunidade”. Ou devemos “atender o clamor das ruas” (o que é isto — o clamor?). Mas, pergunto: uma lei e a própria CF podem ceder a esses argumentos? Então podemos substituir a lei pela moral ou por argumentos de clamor social, que é tão fácil de captar como dizer que em 193 países a presunção da inocência não é como no Brasil? Sim? Não? Isso é verificável? (STRECK, 2018)

O voto do ministro Luís Roberto Barroso também se desdobra em fortalecer sua fundamentação com o argumento de demanda de justiça pela sociedade, informando que a decisão que alterou o entendimento do Supremo Tribunal Federal em 2009, que dava efeito suspensivo para os recursos de natureza extraordinária, produzia, entre outras, a seguinte consequência:

(...) o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.

Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (BRASIL, 2018a p.67)

Diante dessa problemática, o ministro Barroso assume como papel da Suprema Corte solucionar e atender a demanda da sociedade brasileira que almeja por justiça.

No entanto, essa função de atender demandas da comunidade deve ser formulada e legislada pelo Poder Legislativo, por meio de políticas públicas, atendendo ao critério de democracia, com a verificação das diferentes opiniões, não podendo o Poder Judiciário usurpar essa função.

O temor de descrédito do sistema de justiça penal apresentado por Barroso, que se materializa em um argumento de política, não se consubstancia em um cuidado do magistrado em preservar o princípio constitucional do acusado ser presumido inocente até o trânsito em julgado, mas sim na preocupação com as consequências que a alteração jurisprudencial pode produzir para a sociedade.

Tal tentativa do Judiciário de cumprir com o objetivo coletivo de alcançar a justiça por meio da punição se modela com a conceituação de argumentos de política exposta por Dworkin, que afirma que esses argumentos “(...) justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2007 p. 129).

Essa posição de atender o clamor social em detrimento dos direitos individuais está claramente presente no enunciado do ministro Luiz Fux que expõe:

E nós estamos discutindo isso, porque nós estamos mais preocupados com o direito fundamental do acusado, nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem, evidentemente, a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal. (BRASIL, 2018a p.145)

Os ministros apresentam esse argumento de descrédito da sociedade no sistema de justiça como fundamento para a sobreposição à garantia de proteção de direito individual, que no presente estudo é de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Porém é dever do juiz justamente o inverso, ou seja, garantir o direito individual com fundamento em princípios independentemente da vontade ou opinião popular. Desta maneira, sob o argumento de democracia, Ronald Dworkin aduz a importância dos juízes não assumirem os cargos eletivamente:

Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar

decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular. (DWORKIN, 2000 p. 17)

Importante considerar que o juiz, segundo Dworkin (2000), ao aplicar o direito, não possua controle popular e é sensato não o ter, pois deve estar imune aos clamores da sociedade e ter como foco a obrigação de garantir o respeito ao direito individual.

Verifica-se que o descrédito da sociedade no sistema de justiça apresenta-se como o argumento que mais nitidamente se desvia do ideal de prática jurídica apresentado por Dworkin. Assim, na teoria de Dworkin as decisões políticas, tipicamente legislativas, devem ser tomadas com o intuito de atender o compromisso social de bem estar geral, se submetendo a um processo político que permita a representação de diferentes interesses.

São os legisladores que devem ter o compromisso de atender a sociedade, pois foi por voto dela que foram eleitos, submetendo assim, a uma eventual responsabilização de não reeleição caso não atenda os anseios da comunidade. Em diferente papel, os Tribunais, justamente por defender direitos individuais, independente dos anseios da sociedade, devem proteger de forma imparcial essas garantias constitucionais.

4.1.3 Ineficiência do sistema penal

Alterando o foco para o terceiro principal argumento, o ministro Luís Roberto Barroso apresenta como fundamentação a problemática do sistema processual penal brasileiro não ser garantista, reforçando sua opinião com exemplos de impunidade que perpassaram anos até o chamado trânsito em julgado sem qualquer punição.

Em narrativa do caso do ex-Senador Luís Estêvão, fazendo referência ao período que prevalecia o entendimento do efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinário, o ministro Barroso alega que “o sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa” (BRASIL, 2018a p.58). Em outro momento de seu voto registra que: “Punir em 2016 um crime cometido em 1991 não atende a nenhuma demanda de justiça da sociedade brasileira” (BRASIL, 2018a p.88).

Acompanhado por outros ministros vencedores, surge então outro argumento problemático, segundo os pressupostos da teoria dworkiana, dos votos dos ministros que negaram o pedido da cautelar das ADCs 43 e 44: a ineficiência do sistema penal.

Como exemplo, o ministro Luiz Fux consigna em seu voto que o “(...) problema do Direito Penal é a inefetividade do processo penal. O processo penal não cumpre o seu desígnio, que é exatamente o de infligir a sanção ao acusado, ao denunciado.” (BRASIL, 2018a p.144)

A ministra presidente, Cármen Lúcia, fundamentou seu voto no sentido de defender a manutenção da confiabilidade no sistema de Justiça, com a efetivação de uma resposta penal em duração razoável pelo Judiciário. Para tanto, a ministra aduz ser dever do Estado-juiz garantir uma jurisdição efetiva e eficaz. *In verbis*:

É disso que depende a concretização, na minha compreensão, com todas as vênias aos que pensam em sentido contrário e que expõem sem nenhuma sombra de dúvida com argumentos e fundamentos expressivos, sérios, democráticos, mas que não desfazem os contrários argumentos e fundamentos também baseados no fator de legitimidade que há de garantir uma sociedade na qual se tenha a possibilidade de o Estado dar cobro àquilo que a sociedade passou como um dever, que é o dever de uma jurisdição efetiva e eficaz. (BRASIL, 2018a p. 247)

Já o ministro Luís Roberto Barroso expõe em seu voto exemplos de casos brasileiros de impunidade e contextualiza o debate para justificar que o sistema punitivo nacional funciona extremamente mal:

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. (BRASIL, 2018a p. 57-58)

Tal argumento, segundo a tese de Ronald Dworkin, também não constitui fundamento legítimo para alterar o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência. A interposição sucessiva de recursos procrastinatórios, por exemplo, que é dita como uma das causas para a ineficiência do sistema penal, não estabelece fundamento apropriado, pois se preocupa com a consequência negativa para a sociedade em que a interposição recursal que objetiva a procrastinação, resulta em uma demanda processual caótica aos Tribunais Superiores, os quais, por

consequência, não punem os acusados adequadamente, quando necessário. A respeito, o ministro Gilmar Mendes, se pronuncia:

Seria muito fácil se nós lidássemos com cem processos; mas, quando se lida com três, quatro, cinco, dez mil, é evidente que isso ganha outra dimensão. E essa é a realidade das nossas cortes. Portanto, essa é uma obra em geral bem-sucedida: a obra do retardo que leva à impunidade via prescrição. Por isso, esse tema ganhou essa celeuma. (BRASIL, 2018a p. 211)

Buscar uma solução para a grande demanda de recursos nos tribunais, os quais têm pretensão protelatória, em detrimento de uma garantia constitucional ao cidadão não parece ser uma decisão muito sentada. A atribuição de gerar políticas públicas é dada ao Poder Legislativo. Ao juiz cabe verificar a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, levando em conta a dimensão da adequação com os compromissos firmados no passado e a justificação do direito aos valores que o legitimam, para determinar o direito individual.

4.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

De modo geral, percebe-se que a alteração jurisprudencial sob estudo foge de alguns preceitos da teoria sobre prática jurídica proposta por Ronald Dworkin.

Na presente subseção serão elencados alguns outros preceitos com objetivo de analisar se a decisão enquadra-se no chamado direito como integridade apresentado na tese de Ronald Dworkin.

De início, Dworkin destaca a chamada força gravitacional do precedente e indica hipótese em que o juiz possui autorização de modificar esse precedente.

O precedente exerce uma força gravitacional sobre as posteriores decisões, a referida força atrai o juiz a associar-se a justificação que o precedente passado dispôs. Essa atração pode ser explicada por um apelo à equidade de tratar outros casos de modo semelhante. Mas Dworkin limita essa força do precedente à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.

Diante disso, o autor considera que se “uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma” (DWORKIN, 2007 p. 177). Surge aqui um ponto necessário para a compreensão da não adequação do julgamento das ADCs n°43 e n°44 à luz da teoria de Dworkin.

Com a Constituição Federal de 1988, a prisão em segunda instância era permitida, como já se fazia pela prática jurídica anterior a sua promulgação. Em 2009, com o *Habeas Corpus* nº84.078/MG, a Suprema Corte brasileira alterou o precedente com o fundamento que no princípio da presunção de inocência, tal como estava positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, não permitia a prisão em segunda instância, devendo no processo esgotar todos os possíveis recursos para dar início à execução penal. De forma curiosa, em 2016, com o *Habeas Corpus* nº126.292/SP, esse precedente foi novamente alterado para que se voltasse o efeito devolutivo dos recursos especiais e extraordinários.

Em meio à contrariedade desses precedentes foram interpostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº43 e nº44. A negativa em cautelar das ADCs nº43 e nº44, que mantém a possibilidade da execução antecipada da pena, mostra-se contrária à teoria de Dworkin, pois o precedente de 2009 era fundamentado em um argumento de princípio, o princípio da presunção de inocência, e a alteração em 2016, como exposto nas subseções anteriores, fundamenta-se em argumentos de política como a seletividade do sistema penal, a expectativa da sociedade por justiça e a ineficiência do sistema penal.

Não bastasse isso, a alteração jurisprudencial nas ADCs nº43 e nº44 afasta-se da virtude da integridade, pois não atende ao princípio de integridade política chamado de jurisdicional que requer que a lei seja interpretada com coerência aos princípios. Foi identificada nos votos dos ministros vencedores a anulação do princípio da não culpabilidade, mesmo antes do trânsito e julgado. Vale lembrar que o texto constitucional⁴⁰ coloca na semântica de seu texto de forma explícita e clara que o acusado não poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado. Deste modo o ministro vencido Celso de Mello reforça o mandamento constitucional:

Há, portanto, *segundo penso*, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal**. **Antes** desse momento, *cabe advertir*, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados fossem*. **A presunção de inocência impõe**, desse modo, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades. (BRASIL, 2018a p.236)

⁴⁰ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O “trânsito em julgado” concretiza-se quando no processo não cabe mais nenhum recurso contra a decisão proferida, incluindo-se também os recursos de natureza extraordinária, assim como esclarece o professor Guilherme de Souza Nucci:

O *status* de culpado é encontrado com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim sendo, somente quando não couber nenhum recurso contra a referida decisão. Pouco importa se os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não têm efeito suspensivo, pois o centro da questão não é esse, mas o seguimento a princípio constitucional. Noutros termos, inocentes não cumprem pena. (NUCCI, 2016)

Mas de forma diversa da teoria de Dworkin, com base em argumentos de política, os ministros vencedores, exercendo a função de intérpretes, não cumpriram com a obrigação de enxergar a lei com a lente dos princípios que são frutos de um compromisso com a comunidade. De maneira contrária, os ministros afastaram a aplicação do princípio de presunção de inocência, não integrando a lei ao princípio expresso na Constituição Federal. A interpretação do direito, no caso, não se fundamenta em um conjunto coerente e integrado de princípios.

Não há respeito à igualdade quando se concede em um lapso temporal anterior a 2016, o benefício de ser presumido inocente até o trânsito em julgado com fundamento no princípio da presunção de inocência e, em um momento posterior, negar esse mesmo benefício antes do trânsito em julgado com o fundamento no clamor social. Tal prática afasta-se da dimensão da adequação e fere a igualdade entre os membros da comunidade.

O Poder Público tem o dever de respeitar o direito individual adquirido com base no princípio, no caso o da não culpabilidade. Desta maneira o autor (DWORKIN, 2000 p. 17) manifesta-se: “A integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum.”

Na concepção de comunidade de princípios, essa decisão, que não se fundamentou por um conjunto coerente e integrado de princípios, não é legítima, segundo teoria de Dworkin. A decisão mais se molda a outra concepção de interpretação de prática jurídica que o autor (DWORKIN, 1999) intitula de “pragmatismo”. Assim, no julgamento da cautelar, o ministro Luis Roberto Barroso informa essa tendência de forma clara:

Por fim, apontei três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela interpretação adotada, ao demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça criminal. (BRASIL, 2018a p.69)

Essa concepção pragmática que conduz a decisão do juiz para a busca do ideal de boa comunidade, justificando o uso da coerção estatal, fundamenta a decisão em uma virtude contemporânea que, no caso da cautelar, se baseia no clamor social de justiça, a redução da seletividade do sistema penal e a eficiência do sistema penal. Como relatado por esse estudo, o contexto social que a decisão foi tomada era de grande inquietude referente à impunidade.

Essa visão pragmática possui alguns riscos, pois a decisão do juiz não se fundamenta em compromissos políticos ou judiciais do passado, da mesma forma que ocorreu no julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44, em que aplicaram o princípio da presunção de inocência de forma mitigada e não se importaram em modificar o precedente firmado com argumento de princípio.

A tentativa de justificar a decisão do STF com numerárias e estatísticas de baixo impacto no aumento da população carcerária, como utilizado pelo ministro Edson Fachin⁴¹, e o baixo êxito de alterações favoráveis para a liberdade dos réus nos recursos especiais e extraordinários, como apresentado pelos ministros Barroso⁴² e Teori Zavascki⁴³, favorecem o principal objetivo do pragmatismo, que é de decidir o que melhor servirá à sociedade futura. Desta maneira explica Dworkin:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. (DWORKIN, 1999 p. 272-273)

⁴¹ O Ministro Fachin (2018 p. 41) argumenta contra os dados trazidos pelos *amici curiae* utilizando pesquisa promovida pela Fundação Getúlio Vargas informando que o impacto no sistema carcerário com a expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com tramitação de recurso especial e extraordinário significaria um aumento de 0,6% no sistema carcerário.

⁴² O Ministro Barroso expôs: “Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%4. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.” (BRASIL, 2018 p. 61)

⁴³ O Ministro Teori Zavascki sustenta que pelos Tribunais Superiores não se verifica em julgamento o elemento culpa e, por esse motivo, existe baixo êxito do recorrente nos recursos extraordinário. Para tanto, o Ministro Zavascki cita constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84.078, que: em levantamento de quantidade de recursos extraordinários, os quais foi relator, que totalizaram 167 RE’s somente 36 foram providos sendo que 30 poderiam ser resolvidos por *Habeas Corpus*. (BRASIL, 2018 p. 126)

A perspectiva pragmática da decisão sobre a cautelar das ADCs nº43 e nº44 muito se modela com a tendência da teoria chamada Neoconstitucionalismo. Depois de provada que a decisão do Supremo Tribunal Federal na cautelar das ADCs nº43 e nº44 não é adequada à teoria do Dworkin, o próximo capítulo testará a conformação dessa decisão à teoria do Neoconstitucionalismo, analisando os principais pressupostos da doutrina e seus riscos para o Estado de Direito.

5 APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL NA CAUTELAR DAS ADCS Nº43 E Nº44

5.1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Há na doutrina diferentes concepções sobre a teoria do Neoconstitucionalismo, mas para facilitar o estudo dessa corrente será apresentado o artigo do doutrinador, e também ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso na obra intitulada *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Vale destacar que o ministro Luís Roberto Barroso participou do julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44 compondo a maioria que decidiu negá-la.

No artigo, o autor (BARROSO, 2005) busca entender as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo e para isso, com o objetivo de reconstruir a trajetória do direito constitucional, apresenta três marcos fundamentais que são o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico, em um contexto internacional, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e teve principal destaque em países como Alemanha e Itália que passaram por uma reconstitucionalização com o fim de seus regimes autoritários.

A instituição de novas constituições⁴⁴ após a segunda metade do século XX nesses países, entre outros países da Europa, trouxe uma aproximação da ideia de constituição e de democracia, que estabeleceu uma tendência de organização política chamada de Estado democrático de direito.

No Brasil o marco histórico do neoconstitucionalismo ocorreu após o período de regime autoritário com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe ao país o período mais longo de estabilidade institucional da história.

A Carta Federal brasileira proporcionou a reconstitucionalização do país, assim como a adequação à tendência de organização política de Estado democrático de direito.

Já o marco filosófico foi o pós-positivismo, que possui confluência de duas correntes de pensamento. A primeira corrente teve seu surgimento no século XVI e foi denominada jusnaturalismo, essa linha de pensamento uniu o direito e a razão,

⁴⁴ Na Alemanha institui a Lei Fundamental de Bonn em 1949 e o Tribunal Constitucional Federal em 1951 e na Itália institui a Constituição da Itália em 1947 e Corte Constitucional em 1956 (BARROSO, 2005).

recorrendo também a elementos metafísicos de valores universais. Com o declínio dessa última, ascendeu no século XIX a segunda corrente de pensamento chamada de positivismo, que vinculava o direito somente à lei. Essa também teve seu declínio após a Segunda Guerra Mundial, devido ao espaço criado por essa doutrina para instituição de regimes autoritários sob a proteção da legalidade.

A necessidade reaproximar valores morais pertencentes ao campo da filosofia com o direito fez com que surgisse uma nova tendência chamada Neoconstitucionalismo que ao mesmo tempo não afasta a aplicação da lei positivada, e também insere na análise elementos morais por meio de normatividade de princípios e a sua interação com os valores e regras.

O marco teórico apresenta três modificações sobre o conhecimento da aplicação do direito que são: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A força normativa da Constituição diz respeito à atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica com caráter vinculativo e obrigatório. Já a expansão da jurisdição constitucional traduz-se na constitucionalização dos direitos fundamentais que, com isso, passaram a ser imunizados do processo político majoritário, cabendo ao Judiciário a atribuição de sua proteção com a utilização de instrumentos como o controle de constitucionalidade e os tribunais constitucionais.

Por último, a nova dogmática da interpretação constitucional decorre da própria força normativa atribuída à Constituição e estabelece princípios próprios de natureza instrumental de interpretação constitucional que são: a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos públicos, a interpretação conforme a Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade.

Com esses princípios, o autor (BARROSO, 2005) diferencia a interpretação tradicional da interpretação constitucional, sendo essa última adotada pelo Neoconstitucionalismo.

Na interpretação tradicional a norma estabelece, em abstrato, a solução do problema jurídico, cabendo ao juiz somente identificar a norma dentro do ordenamento jurídico que se aplica ao problema, exercendo uma função técnica. Já na interpretação constitucional nem sempre o texto normativo em abstrato estabelece a solução para o problema jurídico, não cabendo ao juiz somente o conhecimento técnico, mas o mesmo torna-se co-participante na criação do Direito,

fazendo valoração de sentido nas cláusulas gerais e escolhendo entre as soluções possíveis.

Dessa maneira, são apresentadas as categorias em que essa interpretação constitucional mostra-se com maior relevância que são: as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

As cláusulas gerais são comandos normativos de sentido aberto, dotados de plasticidade, que necessitam da valoração do intérprete para conferir sentido e aplicabilidade do termo ao caso concreto.

Os princípios, por sua vez, consagram valores e estabelecem certos fins públicos que podem ser realizados de diferentes formas. Adquirem normatividade e se diferenciam das regras, pois a sua aplicação não é imediata pela baixa densidade jurídica, conferindo certa discricionariedade ao juiz.

As colisões de normas constitucionais são caracterizadas como um fenômeno natural em que princípios e direitos fundamentais se colidem, necessitando de um contrabalanceamento de valores entre eles, fazendo com que o intérprete ao final crie um novo Direito aplicável ao caso.

Como consequência da categoria anterior, há a necessidade do exercício da ponderação pelo juiz, instrumento esse que o intérprete fará concessões recíprocas de bens, valores e normas com o objetivo de preservar o interesse de ambas as partes ou a que melhor atenda o objetivo constitucional considerando o auxílio da razoabilidade.

Por fim, a última categoria apresentada por Barroso é a argumentação. A argumentação constitui a razão prática mediante a ponderação e é importante principalmente quando o juiz utiliza-se da criatividade para decidir o caso concreto, pois necessita resguardar a legitimidade e a racionalidade. Para tanto, o intérprete deve reportar sua decisão a algum conteúdo normativa, com o fim de garantir legitimidade, requerendo também que o fundamento da decisão tenha pretensão de universalidade para os casos semelhantes e que sejam levadas em consideração as consequências práticas da decisão.

Barroso (2005) apresenta a chamada constitucionalização do direito que consiste na expansão das normas constitucionais com seu texto e axiologia sobre todo o sistema jurídico com força normativa. Por consequência, a violação da Carta Maior por tais textos infraconstitucionais resultaria na invalidade desses últimos,

repercutindo tanto nas relações entre os Poderes, entre o Estado e o particular, quanto entre os próprios particulares.

Com a Constituição Federal de 1988, concretizou-se o estabelecimento da Constituição como o centro do sistema jurídico, irradiando sobre os demais ramos do Direito e exercendo uma *filtragem constitucional*, em que a materialização de seus valores deve ser feita com a leitura de todos os ramos do Direito sob a lente da Constituição.

Barroso (2005) explica que, com a Constituição Federal de 1988, houve um aumento da demanda pela sociedade por justiça, em sua maioria, devida a ampliação e conscientização de direitos, originando para o Poder Judiciário um papel importante nesta teoria, o papel de exercício de atividade política, compartilhado atuação com o Poder Legislativo e Executivo.

Para o autor (2005) a soma da ascensão do Poder Judiciário, da demanda por justiça pela sociedade e da constitucionalização, resultou em uma tendência de judicialização de questões políticas e sociais. Os juízes, por sua vez, utilizam de argumentos jurídicos, mas esses com natureza de função política. O Judiciário ao desempenhar o papel político, nessa teoria, deve ter função representativa com o fim de prestar contas à sociedade⁴⁵.

Feito esses apontamentos sobre o Neoconstitucionalismo, as subseções seguintes buscam verificar se a decisão da cautelar das ADCs nº43 e nº44 modela-se a essa tendência.

5.2A TENDÊNCIA NEOCONSTITUCIONAL NA DECISÃO CAUTELAR DAS ADCS Nº43 E Nº44

A doutrina do Neoconstitucionalismo, de maneira geral, entende que a Constituição deve ser interpretada de forma que o Judiciário tenha um papel ativo de transformador social, respondendo aos anseios da comunidade. Existe na decisão cautelar das ADCs nº43 e nº44 essa tendência de transformação social por parte do Poder Judiciário.

⁴⁵ Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. (...) Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. (BARROSO, 2005 p. 37)

Entre os argumentos expostos nos votos vencedores, foi levantada a necessidade de suprir a expectativa da sociedade por justiça, entendendo que a alteração jurisprudencial para permitir a prisão em segunda instância seria um dos meios para solucionar problemas como a seletividade e a ineficiência do sistema penal.

No entanto, verifica-se que a decisão parece distorcer o valor do princípio da presunção de inocência em prol desse anseio social, gerando grande risco a dignidade da pessoa humana de ver seus direitos desrespeitados pelo poder público, dentro do chamado Estado de Direito.

Esse risco, bem como as repercussões dessa tendência na aplicação do direito, será mais bem analisado nas subseções a seguir com a verificação do impacto da modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência e seus desdobramentos quanto à segurança jurídica das relações e à legitimidade.

5.2.1 Impacto da modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência

Diante da aplicação do pressuposto de transformação social da teoria do Neoconstitucionalismo na orientação argumentativa dos votos vencedores, conforme verificado no julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44, constata-se grande risco ao intitulado Estado de Direito⁴⁶, pois as normas constitucionais positivadas com texto de aplicabilidade clara, como o dispositivo o qual prevê o princípio da presunção de inocência, que possui expressamente o marco final que encerra a presunção de inocência, qual seja, o “trânsito em julgado”, são relativizados pelo questionamento dos ministros da Suprema Corte que se utilizam de outros princípios em sua maior abstração, como o princípio da igualdade ou mesmo razoável duração do processo, com o intuito de modificar a aplicação do mandamento constitucional, como feito no voto do ministro Luiz Fux:

Com relação a esse tema aqui, os referidos críticos, eles bradam contra um alegado descumprimento desse Texto Constitucional, quando, na verdade, essa nova orientação, no meu modo de ver, ela promoveu a necessária efetivação dos ordenamentos constitucional e penal em consonância com

⁴⁶ A concepção adotada Estado de Direito aqui “(...) consiste na intermediação das relações entre os sujeitos e o poder público por meio de normas jurídicas, elaboradas por um processo político-democrático, cujo conteúdo seja acessível pelos destinatários e que sirvam elas de guias de conduta para os cidadãos e de parâmetros decisórios para os magistrados. (GALVÃO, 2012 p. 190 – 191).

os princípios da igualdade, do devido processo legal e da duração razoável dos processos. (BRASIL, 2018 p. 147)

Essa técnica de ponderação também é notada no voto do ministro Barroso na cautelar das ADCs nº43 e nº44:

O segundo fundamento que eu acho que legitima a decisão proferida pelo Supremo é o de que o princípio da presunção de inocência, como o nome sugere, é um princípio e não uma regra. A característica dos princípios é que eles podem ser ponderados com outros princípios, com outros valores constitucionais que têm a mesma estatura da presunção de inocência. (BRASIL, 2018 p. 94)

Conforme prega o Neoconstitucionalismo, as colisões de normas constitucionais são admitidas como um fenômeno natural em que princípios e direitos fundamentais se colidem, fazendo com que juiz pondere com os outros princípios gerando a possibilidade de originar um novo direito.

No entanto, essa possibilidade de inovação cria grande incerteza, pois a aplicação da norma passa a ser utilizada conforme a discricionariedade do julgador, que poderá argumentar de acordo com seus próprios valores morais individuais ou até mesmo seus próprios interesses, se afastando da imparcialidade. Diante disso, em consideração ao Neoconstitucionalismo, percebe-se que:

(...) levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes - utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica - elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. (GALVÃO, 2012 p. 25)

A tendência verificada de transformação social logo recai em um ideal pragmático em que o Judiciário assume um papel de fazer atender, primeiramente, aos ideais da sociedade como um todo, não proporcionando aos indivíduos um ambiente de garantia para os seus direitos individuais positivados, pois a norma legal sempre estará sob o crivo da justificação por princípios que poderão se sopesados a critério pessoal de cada juiz.

Nessa perspectiva, os votos vencedores dos ministros, que negaram aplicação do princípio da presunção de inocência quando em Recurso Especial e Extraordinário, examinaram o pleito modificando a aplicação da norma constitucional expressa com a ponderação de outros princípios. Desse modo, percebe-se que calibrando a fundamentação da decisão judicial, o juiz não possui qualquer constrangimento de aplicar um valor moral de índole pessoal, em referência a essa perspectiva neoconstitucional:

Os juízes passam a analisar quais escolhas são mais adequadas para se atingir determinadas metas, optando por uma dentre as diversas estratégias existentes. Assim, ao invés de se verem constrangidos pelos compromissos políticos anteriormente firmados, os magistrados passam a eleger os próprios compromissos, orientando-se não por um juízo deontológico, mas teleológico. (GALVÃO, 2012 p. 109-110)

Nesse tipo de direito constitucionalizado pela argumentação, notam-se alguns riscos sobre a estabilidade do Estado de Direito, resultando em uma diminuição da previsibilidade e da estabilidade das consequências jurídicas do direito, e, ao mesmo tempo, fragiliza a legitimidade dessas decisões judiciais, pois afasta o processo político de exposição de diferentes interesses. Esses riscos serão melhor explorados nas duas subseções que se seguem.

5.2.2 A previsibilidade e a estabilidade das relações diante da aplicação da interpretação neoconstitucional

Em tese publicada por Jorge Galvão (2012), o autor analisa as possíveis violações à dignidade da pessoa humana que o modelo Neoconstitucional pode causar.

Esse tema é importante para entender a repercussão da doutrina neoconstitucional sobre a previsibilidade e estabilidade das relações na comunidade.

O autor (GALVÃO, 2012 p. 12) explica que na sociedade não há um repositório consensual moral amplamente compartilhado para a solução de conflitos, mas a vida em sociedade necessita de cooperação. Essa cooperação requer o estabelecimento de um processo decisório neutro, que inclua elementos como o igual respeito e consideração aos diversos interesses e ideais, para o reconhecimento da legitimidade do regime político.

A adoção do processo político democrático tem se mostrado o meio mais adequado para alcançar a legitimidade. A partir desse processo que são editadas as leis, princípios e normas constitucionais, os quais estabelecem compromissos mútuos, guiando a conduta dos administradores e administrados do Estado.

Esses preceitos de regime político legítimo e processo político democrático conduzem para a construção do chamado Estado de Direito⁴⁷ e reforçam a situação do indivíduo como detentor de dignidade.

⁴⁷ Importante diferenciação entre Estado de Direito e democracia é exposta por Galvão (2012, p. 16). O autor explica que Estado de Direito diz respeito à administração das normas pelos membros

Dessa maneira, o ordenamento jurídico, resultante da necessidade de cooperação da sociedade, funciona como guia de conduta humana na vida cotidiana em comunidade e a instituição do Estado de Direito estimula a dignidade humana, a qual é fruto de uma sociedade que trata seus membros como indivíduos autônomos e capazes.

No entanto, Galvão (2012) entende que, mesmo os indivíduos aceitando e compreendendo as leis instituídas pelo processo político democrático, a aplicação dessas leis aos casos concretos pode, ainda sim, serem problemáticas, requerendo a verificação por um órgão imparcial, que avaliará os argumentos de ambas as partes para conferir a adequação aos compromissos políticos assumidos.

A tendência do Neoconstitucionalismo, que utiliza a hermenêutica como instrumento de alteração da realidade social, gera uma precária e arriscada situação para a sociedade quanto à previsibilidade e à estabilidade das relações sociais.

A doutrina pós-positivista aproxima-se da vertente do pragmatismo jurídico, em que o juiz, buscando concretizar objetivos e metas mais favoráveis para a sociedade, assume o papel de transformador social. Assim, constantemente a justificação do direito é questionada e, a depender das concepções morais de cada intérprete, esse direito pode ser alterado se o magistrado assim entender.

Conforme analisa essa discricionariedade de criar o direito, Galvão (2012 p.103 - 104) informa que “de fato, todos os temas abordados pelo Neoconstitucionalismo apontam no sentido de expandir as competências do Poder Judiciários e de conferir maior criatividade para os juízes decidirem os casos.”

O Neoconstitucionalismo, desse modo, possui maior preocupação com a dimensão da justificação das normas, pois a partir de suas técnicas de ponderação de princípios, consulta a valoração moral da norma para alterar e inovar o direito. Com isso, a argumentação da decisão afasta-se da dimensão da adequação, dimensão essa que requer a consideração de compromissos políticos do passado⁴⁸.

A interpretação neoconstitucional da prática jurídica, que ignora a força dos compromissos do passado e seus precedentes, faz com que não existam estabilidade e previsibilidade nas relações.

da sociedade, enquanto a democracia diz respeito ao modelo de processo político de tomada de decisão e criação de normas jurídicas na sociedade.

⁴⁸ Os elementos que o Neoconstitucionalismo compartilha do realismo jurídico (...) também apontam para uma desvalorização da dimensão adequação. (GALVÃO, 2012 p. 104)

Galvão (2012) explica que, enquanto o Estado de Direito visa à proteção do cidadão com o respeito às decisões políticas do passado, o Neoconstitucionalismo prega a atuação do Judiciário como agente de transformação social. Nessa perspectiva o autor (2012) informa que:

Disseminadas as teses do Neoconstitucionalismo e tornada endêmica a prática de contestação das normas, os indivíduos acabarão por ter que reconstruir em todos os casos as razões que entendem ser relevantes para a solução de seus problemas, perdendo-se, assim, em eficiência e em coordenação, valores inerentes ao Estado de Direito. (GALVÃO, 2012 p. 26)

O Estado de Direito na aplicação neoconstitucional perde a eficiência de coordenação da sociedade, gerando instabilidade nas relações e insegurança jurídica, uma vez que quando demandado o direito ao Poder Judiciário, esse último poderá modificar a aplicação da norma com o fito de transformação social, desconsiderando o respeito ao processo político democrático.

Em análise ao histórico de modificação do entendimento da Suprema Corte brasileira sobre a aplicação do princípio da não culpabilidade, verificou-se que mesmo com a promulgação da novel Constituição Federal de 1988 a aplicação desse princípio não sofreu modificações. Contudo, em 2009, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº84.078/MG, o entendimento foi modificado com a justificativa de que o mandamento constitucional era contrário a execução da pena antes do trânsito em julgado, pois os processos pendentes de recursos especiais e extraordinários não geravam o trânsito em julgado e, conseqüentemente, não poderia ser afastada a presunção de inocência do acusado.

Em 2016, com julgamento do *Habeas Corpus* nº126.292/SP, a argumentação foi diferente, o que levou os tribunais de todo o país a conferirem deferência na execução antecipada da pena.

No julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44, objeto desse estudo, que peticionavam afastar a aplicação do *Habeas Corpus* nº126.292/SP como precedente pelos tribunais ordinários, se manteve o entendimento definido no *Habeas Corpus* nº126.292/SP com o fundamento em argumentos políticos e pragmáticos.

Logo, há duas situações jurídicas diferentes de aplicação do direito: uma antes de 2016, quando aos indivíduos da sociedade brasileira era garantido o início da execução da pena somente após o trânsito em julgado, e outra, após 2016, quando essa garantia já não mais é preservada.

Esse fato aconteceu sem nenhuma modificação do princípio constitucional de não culpabilidade, que expressamente deve estender-se até o trânsito em julgado.

Toda essa reforma jurisprudencial é fundamentada em argumentos de cunho político pelos ministros vencedores, evidenciando que a alteração teve como base a valoração individual das autoridades judiciais.

Essa valoração individual recai sobre um risco de insegurança jurídica, tal como revelam os votos proferidos pelo ministro Gilmar Mendes ao longo dos anos: em 2009, o referido ministro votou pelo deferimento do HC nº 84.078/MG, defendendo que a ordem de prisão, sem fundamentação, antes do trânsito em julgado ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade; Já em 2016, nos julgamentos do HC nº 126.292/SP e da cautelar das ADCs nº43 e nº44, o ministro refluíu em seu posicionamento, votando pela permissão da prisão em segunda instância, mesmo com processo pendente de recurso de natureza extraordinária, sob a justificativa de que é possível a aplicação de tratamento mais gravoso progressivamente, desde que não seja atingido o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência; por fim, surpreendentemente, no julgamento do HC nº 152.752 em 2018, o ministro Gilmar Mendes novamente apresentou outro entendimento sobre a questão, passando a considerar aceitável permitir a prisão apenas a partir do julgamento de recurso especial pelo STJ.

Assim, a sociedade brasileira está diante de uma lamentável situação que, mesmo em meio a um chamado Estado de Direito, não há garantia nenhuma de que os direitos individuais positivados sejam protegidos, pois, ainda que demandados judicialmente e expressamente dispostos em norma juridicamente válida, o intérprete poderá argumentar de forma a atender convicções pessoais de justiça, criando um estado de geral insegurança jurídica.

Essa tendência neoconstitucional reflete na falta de representatividade das decisões judiciais que enseja na problemática da legitimidade. A questão da legitimidade será aprofundada na subseção a seguir.

5.2.3 A legitimidade da decisão que permite a execução provisória da pena

Conforme visto no capítulo 3, os principais argumentos utilizados pelos votos vencedores na cautelar das ADCs nº43 e nº44 são apresentados como argumentos

de política, pois visam atender o anseio da sociedade por justiça, combater a ineficácia do sistema penal e diminuir as desigualdades da seletividade do sistema penal.

Dessa forma, o professor Guilherme de Souza Nucci, em artigo que analisa a decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento em segundo grau de jurisdição, destaca que “estamos passando pela transição processual penal sem o advento de uma reforma legislativa. Quem está *reformando* o processo penal são os tribunais, especialmente os Superiores” (NUCCI, 2016).

Há no Neoconstitucionalismo uma deferência para o papel do juiz como agente político. Instituído nessa função, o magistrado deve trazer argumentos com natureza de função política no embasamento de suas decisões. Para tanto, essa tendência de ativismo judicial fundamenta suas decisões em objetivos e fins públicos, que decorrem do pragmatismo, passando a avaliar e até mesmo a substituir as escolhas do legislativo que deveriam passar pelo processo político democrático. Para tanto, explica o autor Galvão:

Na perspectiva neoconstitucional, o Poder Judiciário fica autorizado a discutir o mérito das escolhas dos outros poderes tendo como parâmetro normas que estabelecem objetivos políticos a serem alcançados em longo prazo pelo Estado, e não direitos fundamentais propriamente ditos. Os juízes passam a analisar quais escolhas são mais adequadas para se atingir determinadas metas, optando por uma dentre as diversas estratégias existentes. (GALVÃO, 2012 p. 109)

Assim, a adoção pelo Poder Judiciário de objetivos pragmáticos para fundamentar a alteração da jurisprudência, coloca de lado o processo político majoritário, não se considerando os diferentes interesses para a construção de uma política, afastando a igualdade de participação dos membros da sociedade para implementação de uma política pública. Desse modo:

As escolhas realizadas a partir de argumentos de política muitas vezes violam direitos propriamente ditos, o que, como visto acima, autoriza a intervenção judicial para bloquear o agir governamental. Seria contrassenso autorizar que o órgão incumbido de proteger tais direitos realizasse juízo político a tomar decisões. (GALVÃO, 2012 p. 113)

A aproximação do Neoconstitucionalismo com o chamado pragmatismo jurídico, que busca decidir o direito que supostamente mais beneficie a sociedade como um todo, gera grandes incertezas, pois não detem qualquer amarra com os compromissos políticos do passado e, conseqüentemente, resulta em uma grande insegurança jurídica, além de afastar-se do ideal político de democracia que influi na legitimidade das decisões políticas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência tem seu primeiro registro como direito positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, resultante da Revolução Francesa, sendo reafirmado na Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948. Somente com a Constituição Federal de 1988 o referido princípio foi positivado no direito brasileiro.

O citado texto constitucional estabeleceu no art. 5º, inciso XVII, de forma clara, que a presunção de não culpabilidade é garantida ao acusado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Com a recepção do Código de Processo Penal de 1941 pela Carta Magna de 1988, não houve alteração do entendimento da jurisprudência quanto ao emprego do princípio de presunção, a qual continuava a afastar sua aplicação mesmo quando no processo criminal era interposto recurso de natureza extraordinária, apesar de a Constituição Federal de 1988 prever que a presunção de não culpabilidade estendia-se até momento do trânsito em julgado.

Todavia, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº84.078/MG, em 2009, a orientação jurisprudencial da Suprema Corte brasileira modificou-se, passando a considerar que a presunção de inocência, conforme descrito na Constituição Federal, englobaria todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, não permitindo, portanto, a prisão antes de julgados os recursos especiais ou extraordinários.

Apesar disso, em 2016, o Supremo Tribunal Federal com o julgamento do HC nº126.292/SP retornou ao seu antigo entendimento no sentido de permitir a execução antecipada da pena, alterando novamente a orientação jurisprudencial.

Dessa decisão, instigou-se o peticionamento das ADCs nº43 e nº44, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil, que visaram declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, em sede cautelar, afastar a aplicação das prisões em segunda instância proferidas pelos tribunais ordinários com base no precedente gerado pelo julgamento do HC nº126.292/SP.

Na ocasião do julgamento da cautelar das citadas ADCs, o Supremo Tribunal Federal manteve o posicionamento adotado no HC nº126.292/SP, o qual deliberou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não aflige o princípio constitucional da presunção de inocência.

No entanto, no julgamento do HC nº152.752/PR a orientação da Suprema Corte mostrou-se tendente a uma nova futura modificação sobre o tema, uma vez que nessa deliberação o ministro Gilmar Mendes refluiu o seu entendimento sobre o assunto, no sentido de não permitir a prisão em segunda instância do acusado que contenha recurso especial pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Na mesma sentada, a ministra Rosa Weber negou o provimento ao referido HC, contudo aduzindo que, apesar de acreditar não ser constitucional a execução antecipada da pena a partir de acórdão penal proferido em segundo grau de apelação, a deliberação do STJ de o acusado Luiz Inácio Lula da Silva iniciar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado não possuiu ilegalidade ou mesmo abuso, uma vez que apenas observou o precedente até então firmado pelo STF no HC nº126.292/SP.

Haja vista que na deliberação da cautelar das ADCs nº43 e nº44 os ministros vencedores somaram 6 (seis) votos de um total de 11 (onze) ministros, no futuro julgamento de mérito das mencionadas causas, a alteração do entendimento de somente um ministro ensejaria a mudança da orientação jurisprudencial do STF quanto ao tema, conferindo efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinário.

Dentro do recorte do presente estudo, que se concentra nos argumentos apresentados pelos votos vencedores no julgamento da cautelar das ADCs nº43 e nº44, extraiu-se, de maneira geral, três principais argumentos que se afastam da teoria de Ronald Dworkin, quais sejam: a seletividade do sistema penal, a expectativa da sociedade por justiça e a ineficiência do sistema penal.

O argumento da seletividade do sistema penal é levantado pelos ministros como fundamento para proteção da igualdade. Segundo os magistrados vencedores, os recursos de natureza extraordinária, quando possuem efeito suspensivo, favorecem os acusados mais abastados, que podem extrair generosas quantias para interposição de recursos nas instâncias superiores por meio de seus advogados, e também favorecem os criminosos que cometem os chamados crimes de colarinho branco. Esse argumento distancia-se da teoria de Dworkin, pois os direitos individuais em um Estado de Direito “centrado nos direitos” não podem ser

afastados por um objetivo geral da sociedade, mas são garantias que o Estado é obrigado a respeitar.

Já a expectativa da sociedade por justiça foi levantada como um estado de clamor social da comunidade brasileira que não admitia mais o quadro de impunidade. Essa insatisfação trazida como fundamento da decisão enquadra-se na teoria de Dworkin como um argumento de política, com o perfil pragmático que, segundo o referido autor, não poderia ser aplicado como justificção de uma decisão judicial.

Por fim, a ineficiência do sistema penal é apresentada, de igual modo, como argumento para sustentar a prisão em segunda instância. No entendimento dos ministros vencedores, tal ineficiência é resultante, entre outros fatores, da demora de se iniciar a execução penal pela sucessiva interposição de recursos procrastinatórios. Na aplicação da teoria de Dworkin, esse fundamento materializa-se como um outro argumento de política, afastando-se também do chamado argumento de princípio, pois busca solucionar, entre outros fatores, a grande demanda recursal, desconsiderado a garantia constitucional de ser presumido inocente.

Além desses três argumentos de essência política, os quais na teoria dworkiana deveriam ser utilizados e resolvidos pelo Legislativo, outros elementos da decisão desviam-se do apregoado pela referida teoria.

A força gravitacional do precedente do HC nº84.078/MG, o qual se justificou por um argumento de princípio, princípio da presunção de inocência, foi afastada pelas decisões do HC nº126.292/SP e da cautelar das ADC nº43 e nº44, que se fundamentaram em argumentos de política. Essa alteração distancia-se da comunidade de princípios, pois golpeia a dimensão da adequação e gera desigualdade de aplicação dos princípios aos membros da mesma comunidade ao longo do tempo.

O defendido Direito como integridade é desconsiderado quando o evidente e claro texto “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, contido no princípio constitucional de presunção de não culpabilidade, é distorcido no acórdão do STF. No julgamento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, a decisão da cautelar se aparta do princípio de integridade jurisdicional em que a lei não foi interpretada com coerência ao princípio da presunção de inocência, conforme positivado na Carta Maior.

Desta forma, constata-se que a decisão proferida na cautelar das ADCs nº43 e nº44 não se aplica à teoria de Ronald Dworkin

Verifica-se, no entanto, a aplicação de outra doutrina chamada Neoconstitucionalismo a essa decisão.

A doutrina neoconstitucional valoriza o ativismo judicial e a mudança social, tendo o juiz importante papel de transformador social ao interpretar a lei, sem lhe causar qualquer constrangimento à lesão de valores como a segurança jurídica e a democracia.

A aplicação da hermenêutica neoconstitucional gera alguns riscos ao Estado de Direito. A técnica de ponderação de princípios nessa teoria permite utilizar como fundamento da decisão judicial a ponderação de diferentes outros princípios para justificar o juízo da causa - da mesma maneira como ocorreu no julgamento da cautelar que ponderou o princípio da presunção da inocência com outros princípios, como o da igualdade ou mesmo o da razoável duração do processo - abrindo espaço para o juiz modificar a aplicação do mandamento constitucional e até mesmo afastar a aplicação do princípio de fato adequado ao caso.

Por consequência, o juiz detém potencial de discricionariedade, que poderá argumentar de acordo com seus próprios valores morais ou até mesmo próprios interesses, se afastando da imparcialidade.

O ideal pragmático da interpretação neoconstitucional não cria um ambiente de garantia para os direitos individuais positivados, pois a norma legal sempre estará sob o crivo da justificação. Afasta-se, então, da previsibilidade e a estabilidade das relações no chamado Estado de Direito atingindo em especial a dignidade da pessoa humana.

Esse ambiente de falta de segurança jurídica pode ser verificado nas constantes mudanças de entendimento do STF quanto à interpretação do princípio presunção de inocência ao longo dos anos. Nesse sentido, vale repisar que a partir de 2009 os recursos de natureza extraordinária tinham efeito suspensivo, o que garantia a liberdade do acusado até o trânsito em julgado, e já em 2016 essa garantia não mais existia por simplesmente força interpretativa.

Essa tendência da decisão cautelar da ADCs nº43 e nº44, que permite a execução provisória da pena, afasta-se também do ideal de legitimidade, uma vez que no Neoconstitucionalismo o papel do juiz como agente político o impulsiona a avaliar e até mesmo a substituir as escolhas do Legislativo, sem se submeter a um

processo político democrático que busca levantar os mais diferentes interesses da sociedade.

Como constatado, o STF modificou o termo inicial da execução penal de forma não harmônica com a vontade dos representantes do povo brasileiro que, em Assembléia Nacional Constituinte, de maneira expressa, determinaram a extensão da garantia de presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Há na sociedade brasileira diferentes eixos que não aceitaram a justificação das constantes decisões dos tribunais ordinários em iniciar a prisão em segunda instância, após a alteração jurisprudencial do STF em 2016.

Como efeito, em março do presente ano, foi peticionado o *Habeas Corpus* coletivo de nº154.322/DF⁴⁹, o qual visava à liberdade todos os cidadãos que se encontravam presos, ou na iminência de o serem, em decorrência de execução provisória de pena resultante de condenação confirmada em segundo grau, por entender existir constrangimento ilegal do STF em não colocar em pauta para julgamento as ADCs nº43 e nº44. O referido HC foi negado por decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes.

Conclui-se, portanto, que os argumentos utilizados para fundamentar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na cautelar das ADCs nº43 e nº44, que permite a execução provisória da pena a partir de acórdão em segunda instância, não se amolda à teoria de Ronald Dworkin, mas sim à doutrina neoconstitucional, gerando riscos ao Estado de Direito e o respeito à dignidade da pessoa humana.

⁴⁹ Informações extraídas da página oficial do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372874>. Acesso em: 08/06/2018

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC, São Paulo, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. R.Dir.Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Lei n. 8.038**, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Código de Processo Penal (1941). **Lei n. 12.403**, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1 Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Lei n. 13.105**, de 18 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Constituição (1988). **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 68.726/DF**. Relatora: Ministra Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991. Data da Publicação no DJ 20/11/1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186> Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 72.366/SP**. Relatora: Ministra Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995. Data da Publicação no DJ 26/11/1999 PP-00084 EMENT VOL-01973-01 PP-00154. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718> Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 84.078/MG**. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Data da Publicação no DJE 26/02/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> Acesso em: 21 mai. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. Data de publicação no DJE 18/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 20 jun. 2018

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Data de Publicação no DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória De Constitucionalidade n.º 43 Distrito Federal**. In: Ação direta de

constitucionalidade n° 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Edson, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016. Data de publicação no DJE 07/03/2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&class=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 21 abr. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 154.322/DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgado em 19/03/2018. Data da Publicação no DJE 21/03/2018c. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+154322%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8waerry> Acesso em: 20 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 152.752/PR.** Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018. Brasília: TV Justiça, 2018b. Disponível em:
1/3 <<https://www.youtube.com/watch?v=jqqnHt7kGaY&t=1707s>>
2/3 <<https://www.youtube.com/watch?v=M2MrkZVpmBq&t=305s>>
3/3 <<https://www.youtube.com/watch?v=lp4TfQ21yO4&t=4s>> Acessos em: 23 mai. 2018.

_____, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Súmula n° 122 do TRF4.** Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. D.E. (Judicial) de 14-12-2016. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4 Acesso em: 20 jun. 2018.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 20 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**/ Ronald Dworkin : tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**/Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. - 2° Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**/Ronald Dworkin: tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. – São Paulo: Atlas, 2017. Consulta: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/> Acesso em: 20 jun. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. São Paulo, 11 out. 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdiacao-e-a-presuncao-de-inocencia-2> Acesso em: 29 mai. 2018.

ONU, Assembléia Geral das Nações Unidas em Paris. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Paris: 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 20 jun. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal / Eugênio Pacelli**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Senso Incomum - Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assis#author> Acesso em: 29 mai. 2018.