

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Direito e Sociedade 3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

Direito e Sociedade 3

**Atena Editora
2019**

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Executiva: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof.ª Dr.ª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof.ª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof.ª Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof.ª Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
D598	Direito e sociedade 3 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (Direito e Sociedade; v. 3) Formato: PDF Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-444-3 DOI 10.22533/at.ed.443190507 1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série. CDD 340.115
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Direito e Sociedade – Vol. 03 – compreende a reunião de vinte e uma contribuições de pesquisadores vinculados a instituições nacionais e internacionais que debatem as problemáticas sociais e jurídicas a partir de assuntos como direitos humanos, ativismo judicial, teorias do direito, jurisprudência, meio ambiente, dentre outros.

As colaborações estão dispostas da seguinte maneira:

- **A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL**, de Isis de Angellis Pereira Sanches e Gustavo Assed Ferreira, considera o uso vinculante da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann pelos países signatários do Sistema Regional Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.
- **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, registra o protagonismo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, que em muitas ocasiões tem se comportado como um legislador.
- Investigando se a Teoria da Imputação Objetiva é compatível com o sistema constitucional adotado em solo nacional, assim como se ela é capaz de fortalecer o nosso estado democrático de direito, Dorcas Marques Almeida e Núbio Pinhon Mendes Parreiras, em **A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12**, alcançam o entendimento que a aludida teoria apenas maximiza o poder punitivo do estado.
- **DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL**, de Paulo Junior Trindade dos Santos, Crithian Magnus de Marco e Gabriela Samrsla Möller, adota uma abordagem transdisciplinar de análise do Código de Processo Civil, com a observância de contextos sociais, como forma de aplicação de um regramento mais próximo da realidade das pessoas e dos questionamentos a ele apresentados.
- Ana Luiza R. F. Moreira e Mateus Carvalho Soeiro, em **ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL**, demonstram as alterações da nova codificação adjetiva pátria em relação ao agravo de instrumento e qual o impacto dessa modificação para o andamento processual.
- **A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS**, de Ingridy Praciano Fernandes Teixeira e Guilherme Augusto Castro de Oliveira, estuda, mesmo com a ausência de expressa disposição consti-

tucional a respeito, a (des)vinculação dos recursos captados por meio das taxas.

- **NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, volta atenção para as novas disposições adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça para a decretação de indisponibilidade de bens, estas que, segundo o autor, correspondem a relevantes instrumentos em prol da defesa do patrimônio público.
- No âmbito da temática das sociedades, bem como da possibilidade de pleiteio de indenização compensatória com os haveres a apurar em caso de retirada imotivada do sócio, Rafael Pereira de Castro, em **A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE**, expressa a carência de abordagem legislativa sobre o assunto e as lacunas provenientes dessa escassez.
- **A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÃO DE CONFLITO**, de Célia Teresinha Manzan, perpassa pelo distinguir das concepções de hermenêutica e interpretação para assim apontar meios e técnicas adotadas no exercício interpretativo, sempre com o intuito de construir uma decisão pautada na resolução dos conflitos que antes foram apresentados.
- Passando pela etapa de conceituação e distinção dos atos administrativos, Arietha de Alencar Santos, em **REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**, explana sobre a ação do judiciário em relação aos referidos atos da administração.
- Em **O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Daniele Côrte Mello e Julia Gonçalves Quintana apresentam uma visão positiva para o ativismo judicial, onde, na opinião das autoras, essa ação ativa do Poder Judiciário beneficia a sociedade como um todo, ao passo que evidencia as vastas omissões, as oriundas do executivo e do legislativo
- **A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**, de Mauro Guilherme Messias dos Santos, analisa a permissão posta pelo Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, para a execução de sentença penal condenatória após a sua confirmação por órgão colegiado.
- Lucas Baldo e Elizabete Geremia, em **A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF**, igualmente debatem a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema da presunção de inocência – prin-

cípio constitucional positivado que defende a não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –apontando argumentos a favor e contrários a esse novo entendimento do tribunal.

- **FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIS RIGOR NA APLICAÇÃO**, de Beatriz Frota Moreira e Rodrigo Soares Lopes, tece comentários a respeito sobre os avanços legislativos obtidos ao longo dos anos como mecanismo capaz de proporcionar uma maior segurança as mulheres, sejam elas vítimas da violência ou não, já que a norma deve também ter uma perspectiva preventiva, evitando danos e crimes para indivíduos e para a sociedade como um todo.
- Através do tema da vulnerabilidade, Rosilandy Carina Cândido Lapa, Ingrid Barbosa Oliveira, Vanessa Vasques Assis dos Reis e Luiz Sales do Nascimento observam a crise hídrica que assola o país persa em **A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL**, ao passo que promove uma abordagem transdisciplinar pautada na ótica do direito internacional, do meio ambiente e das relações internacionais.
- **CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS**, de Adriano da Silva Ribeiro e Lucas Zauli Ribeiro, pauta o estabelecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos casos de crimes ambientais como uma necessidade social, já que a preservação ao meio ambiente reflete um regramento constitucional.
- **ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO**, de Gigliola Lilian Decarli e Lidia Maria Ribas, frisa a sustentabilidade como instrumento capaz de cuidar do meio ambiente e assim promover a perpetuação da vida, mas isso implica na transição, na permuta de elementos produtores de energia, passando a utilizar os menos poluentes como forma de diversificar a matriz energética e promover um desenvolvimento pautado em políticas verdes.
- Associando políticas públicas em prol do meio ambiente e obras públicas sustentáveis, **AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR**, de Roberta Helena Moraes Tillmann, Raimundo Cláudio Silva da Silva, Davi do Socorro Barros Brasil, averigua como essa relação foi constituída em uma universidade federal sediada no estado do Pará.
- Permanecendo com a abordagem de meio ambiente e as instituições federais de ensino superior, Caroline Santos Marcondes, Núria Budib Moreira, Ana Júlia Sales de Almeida e Adaiane Catarina Marcondes Jacobina, em

ARBORIZAÇÃO DO IFMT *CAMPUS* CUIABÁ – BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO, destacam quão positivo é o estabelecimento de arborização do IFMT, *campus* Cuiabá – Bela Vista, com espécies arbóreas provenientes do bioma cerrado como forma de inibir o surgimento de espécies exóticas que inviabilizem a área comum da unidade de ensino.

- A degradação do meio ambiente, marcadamente do bioma Mata Atlântica, é problematizada em **O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS**, de Kelly de Souza Barbosa e Lucas de Souza Lehfeld, que, ao estabelecer um diálogo com a tela *O Desmatamento* (1835), de Rugendas, percebe o descaso secular do estado para com a vegetação, além da urgência em executar o mandamento constitucional de proteção ambiental.
- **PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL**, de Gabriel Cunha Salum e Aluisio Almeida Schumacher, investiga como o estabelecimento de propriedade intelectual pode ser um mecanismo institucionalizado de controlar o saber científico em prol de parcela da sociedade que já detém poder e riqueza e que resulta em desfavorecer coletivos e agricultores de menor poder econômico diante da revolução tecnológica contemporânea.

Renovamos o desejo que os nossos leitores tenham um excelente diálogo com os textos aqui expostos e que o futuro possibilite reais interações por meio de novas produções acadêmicas com os conteúdos que agora apresentamos.

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL	
Isis de Angellis Pereira Sanches Gustavo Assed Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905071	
CAPÍTULO 2	12
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905072	
CAPÍTULO 3	27
A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12	
Dorcas Marques Almeida Núbio Pinhon Mendes Parreiras	
DOI 10.22533/at.ed.4431905073	
CAPÍTULO 4	43
DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL	
Paulo Junior Trindade dos Santos Cristhian Magnus de Marco Gabriela Samrsla Möller	
DOI 10.22533/at.ed.4431905074	
CAPÍTULO 5	55
ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL	
Ana Luiza R. F. Moreira Mateus Carvalho Soeiro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905075	
CAPÍTULO 6	67
A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS	
Ingridy Praciano Fernandes Teixeira Guilherme Augusto Castro de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905076	
CAPÍTULO 7	78
NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905077	

CAPÍTULO 8	92
A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE	
Rafael Pereira de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905078	
CAPÍTULO 9	102
A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÕES DE CONFLITO	
Célia Teresinha Manzan	
DOI 10.22533/at.ed.4431905079	
CAPÍTULO 10	112
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	
Arietha de Alencar Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050710	
CAPÍTULO 11	124
O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Daniele Côrte Mello	
Julia Gonçalves Quintana	
DOI 10.22533/at.ed.44319050711	
CAPÍTULO 12	136
A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
Mauro Guilherme Messias dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050712	
CAPÍTULO 13	159
A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF	
Lucas Baldo	
Elizabete Geremia	
DOI 10.22533/at.ed.44319050713	
CAPÍTULO 14	169
FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIOR RIGOR NA APLICAÇÃO	
Beatriz Frota Moreira	
Rodrigo Soares Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.44319050714	
CAPÍTULO 15	179
A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL	
Rosilandy Carina Cândido Lapa	

Ingrid Barbosa Oliveira
Vanessa Vasques Assis dos Reis
Luiz Sales do Nascimento

DOI 10.22533/at.ed.44319050715

CAPÍTULO 16 192

CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Adriano da Silva Ribeiro
Lucas Zauli Ribeiro

DOI 10.22533/at.ed.44319050716

CAPÍTULO 17 206

ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO

Gigliola Lilian Decarli
Lídia Maria Ribas

DOI 10.22533/at.ed.44319050717

CAPÍTULO 18 221

AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR

Roberta Helena Moraes Tillmann
Raimundo Cláudio Silva da Silva
Davi do Socorro Barros Brasil

DOI 10.22533/at.ed.44319050718

CAPÍTULO 19 228

ARBORIZAÇÃO DO IFMT CAMPUS CUIABÁ - BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO

Caroline Santos Marcondes
Núria Budib Moreira
Ana Júlia Sales de Almeida
Adaiane Catarina Marcondes Jacobina

DOI 10.22533/at.ed.44319050719

CAPÍTULO 20 233

O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS

Kelly de Souza Barbosa
Lucas de Souza Lehfeld

DOI 10.22533/at.ed.44319050720

CAPÍTULO 21 246

PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL

Gabriel Cunha Salum
Aluisio Almeida Schumacher

DOI 10.22533/at.ed.44319050721

CAPÍTULO 22 256

**OS DIREITOS HUMANOS COMO PRODUTOS CULTURAIS: PERSPECTIVAS PARA
A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA**

Catarine Acioli

DOI 10.22533/at.ed.44319050722

SOBRE O ORGANIZADOR..... 267

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Mauro Guilherme Messias dos Santos

Mestrando em Direito (UFPA). Especialista em Direito Processual Penal (UNIDERP).

Professor de Direito Penal e Processo Penal (QCONCURSOS e cursos de especialização da UNAMA e da FAMAZ). Associado ao IBCCRIM e à AICLP. Promotor de Justiça (MPPA), titular da 2ª entrância com atuação exclusiva na área criminal.
mauromessias@mppa.mp.br

RESUMO: A partir do julgamento do HC nº 126.292/SP, em 2016, o STF, por maioria, reputou válida a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau, mesmo passível de recurso para as instâncias superiores, ao argumento de que, nada obstante a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, a recorribilidade no Brasil é longa como em poucos lugares do mundo, e, sobretudo por isso, responsável por vários casos de impunidade no país. Assim, questiona-se: qual concepção do Direito adotou a maioria dos ministros do STF ao sacrificar o princípio da presunção de inocência, em prol do eficientismo do sistema penal? O objetivo geral do trabalho, portanto, é analisar a jurisprudência do Supremo acerca da execução provisória da pena em segundo grau, e os objetivos específicos são investigar o desenvolvimento histórico do princípio da não culpabilidade e dirigir aos principais argumentos

adotados pelos ministros do STF as críticas do Direito como integridade em Dworkin e do pragmatismo de Posner. A pesquisa adota a metodologia teórico-prática, e a sua hipótese é que, especialmente após 2016, a maioria dos ministros do STF vem adotando uma concepção pragmática do Direito, em decisões que negam à pessoa humana o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; execução provisória da pena; integridade; pragmatismo; acesso à justiça.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE PRAGMATISM OF THE STF CASE LAWS

ABSTRACT: From the judgment of HC nº 126.292/SP, in 2016, the STF, by majority, considered valid the execution of the convicted criminal sentence confirmed in second degree, even if it could be appealed to the superior instances, to the argument that, despite the literality of article 5, LVII, of the Constitution of the Republic, the appealing in Brazil is long as in few places of the world, and, mostly for that reason, responsible for several cases of impunity in the country. Thus, it is questioned: which conception of the law adopted the majority of the judges of the STF by sacrificing the principle of presumption of innocence, in favor of the efficiency of the penal system? The

general objective of the work is therefore to analyze the Supreme Court's case laws on the anticipated execution of a second degree sentence, and the specific objectives are to investigate the historical development of the principle of non-culpability and address the main arguments adopted by the STF judges of Law as integrity in Dworkin and of Posner's pragmatism. The research adopts the theoretical-practical methodology, and its hypothesis is that, especially after 2016, most STF judges have adopted a pragmatic conception of Law, in decisions that deny the human person access to justice.

KEYWORDS: presumption of innocence; anticipated execution of a second degree sentence; integrity; pragmatism; access to justice.

1 | O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade, ou do estado de inocência, significa que ninguém pode ser tratado ou castigado como culpado, sem um juízo legal e antes de que este finalize (FERRAJOLI, 1995, p. 539). Como origem antiga, Ferrajoli (1995, p. 625) destaca que o princípio do estado de inocência nasceu no direito romano, profundamente conectado ao brocardo *in dubio pro reo* (*favor rei* ou *favor libertatis*).

Lopes Jr. (2016, p. 95) salienta que a lógica do princípio da não culpabilidade foi desvirtuada sobretudo no medievo, quando a atividade persecutória passou a ser regulada por meio de metodologias inquisitivas. Em resposta às profundas marcas inquisitoriais do processo penal que antecederam o Século das Luzes, Beccaria (2006, p. 50), em 1764, sob a influência filosófica de francófonos como d’Alembert e Montesquieu, esprou mundo afora que uma pessoa não pode ser chamada de culpada antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que essa pessoa violou os pactos por meio dos quais tal proteção lhe foi outorgada.

A lição de Beccaria, traduzida para o francês logo em 1766, foi adotada posteriormente na Revolução Francesa (1789-1799) e sinalizou uma conquista histórica acerca do modo de tratamento processual do réu, uma verdadeira reação contra o tratamento desumano que lhe dispensava o Estado naquele contexto. Afinal, na França pré-revolucionária, o encarceramento, mais do que uma política de controle da criminalidade, servia como método de coerção.

Portanto, como origem moderna e positivada, o princípio do estado de inocência possui como nascedouro o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (PELUSO, 2016, p. 1), segundo o qual a pessoa humana é considerada inocente, até o momento em que, reconhecida como culpada, julgar-se indispensável a sua prisão, e todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

No Brasil, é clara a opção dos constituintes pela exigência do “trânsito em julgado”

para a formação da culpa penal. Dentre as oito Comissões temáticas formadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, uma delas chamava-se “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual, por sua vez, compreendia a subcomissão denominada “Direitos e Garantias Individuais” (MORAES, 2010, p. 217), que teve o constituinte Darcy Pozza como relator. Nas palavras do constituinte (BRASIL, 1987, p. 2):

A necessidade de garantir a nova realidade política que se quer para o País, levamos à redação de uma Constituição analítica, que tente disciplinar, do modo mais preciso possível, a distribuição do poder e seu uso em relação à autonomia privada e pública.

O legislador constituinte foi claro e suficiente ao expor a necessidade de se privilegiar uma Constituição analítica, capaz de disciplinar, com a máxima precisão possível, as relações de poder. Na lição de Bulos (2014, p. 120-121), essa é a “principal marca característica” da Constituição Federal, significando que ela é “longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, tópicos e sucintos”, com o objetivo de “limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional”.

Ainda, segundo Darcy Pozza (BRASIL, 1987, p. 2):

As pessoas carecem da necessidade de saber o que lhes é facultado fazer e o que podem pretender das outras pessoas e dos Poderes Públicos. Por isso, a Carta Constitucional deve ser clara e precisa ao declinar os princípios e as normas de caráter geral, orientadoras de toda a vida jurídica nas relações entre os indivíduos da Nação. Analítica para que, com perfil moderno e democrático, possibilite à sociedade se organizar, observando a ordem pública.

Isso para que todas as pessoas possam buscar “enxergar” a proteção dos seus direitos e interesses legítimos.

Com isso, após o recebimento de 1.121 sugestões de normas constitucionais acerca dos mais diversos direitos e garantias fundamentais, o relator Darcy Pozza apresentou a seguinte redação para o princípio da não culpabilidade: “considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Foi no bojo da subcomissão de Direitos e Garantias Individuais que se deu o nascedouro da exigência do “trânsito em julgado” para a formação da culpa penal, após o relator: 1) ter recebido propostas e sugestões das mais diversas tendências e orientações de pensamento; 2) haver invocado a necessidade de uma Constituição analítica, capaz de mostrar às pessoas, de forma clara e precisa, os princípios constitucionais orientadores de toda a vida jurídica; e 3) ter submetido a sua redação a emendas, até se chegar ao texto atual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não é simplista, portanto, a afirmação de Streck (2018b, p. 4), quando diz que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa. A Constituição é expressa no tocante à exigência

do trânsito em julgado porque os legisladores constituintes assim buscaram. Por isso, na visão de Pacelli (2017, p. 39-40), a menos que se modifique a Constituição Federal, não há como alterar a essência do conceito de trânsito em julgado.

O princípio do estado de inocência encontra-se difundido pelo mundo inteiro. A título exemplificativo, tem-se: a já referida DUDH, de 1948 (artigo 11) (DUDH, 1948); a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (artigo 6º, 2) (CEDH, 1950); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 14, 2) (BRASIL, 1992a); a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969 (artigo 8, 2) (BRASIL, 1992b); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (artigo 7º, 1, 2) (CADHP, 1981); a Declaração dos Direitos Humanos no Islã, de 1990 (V, a) (DDHI, 1990); e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (artigo 48, 1) (CDFUE, 2000). A Convenção de Manágua (Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior) também aborda o princípio da não culpabilidade em seu artigo I, 3 (BRASIL, 2006).

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o princípio da não culpabilidade existia apenas de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (LIMA, 2016, p. 19). Nada obstante, é certo que, tamanha a envergadura do princípio do estado de inocência, mesmo que ele não contasse com quaisquer positivizações, seria, ainda, garantia fundamental: “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto” (CARVALHO, 2001, p. 51). Inclusive, essa é a interpretação do Tribunal Constitucional Federal relativamente à Lei Fundamental Alemã de 1949 (BARBAGALO, 2015, p. 43).

Todavia, a positivação do princípio de estado de inocência na Constituição Federal trouxe uma vantagem inegável, compartilhada, entre outros, por Lima (2016, p. 19-20), apesar de bastante esquecida no bojo dos recentes debates acerca do princípio em tela. A CADH prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (artigo 29, b). Como a lei maior é claríssima ao estabelecer, em seu artigo 5º, LVII, que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado de inocência de que todos gozam, seu caráter mais amplo deve prevalecer sobre o teor da CADH, a qual protege a presunção de não culpabilidade somente “até a comprovação legal da culpa”, que, a depender do ordenamento jurídico do Estado-Parte, pode ocorrer antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Em adição a isso, vale lembrar que, no Brasil, grande parte da doutrina defende a aplicação da teoria do duplo estatuto (RAMOS, 2014, p. 434), segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, não ratificados em votação semelhante à das emendas constitucionais (artigo 5º § 3º, da Constituição Federal), não possuem *status* igual ao dos dispositivos previstos na lei maior, embora estejam acima das leis ordinárias. Em outras palavras, com base nessa teoria, a presunção de não culpabilidade prevista na Constituição Federal prevalece sobre as disposições da

CADH, as quais possuem *status* inferior. Há uma corrente de pensamento, todavia, que defende a força de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no Brasil (MAZZUOLI, 2013, p. 1113).

No Brasil, sob o ponto de vista formal, o princípio da não culpabilidade vem insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo o qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Doutro lado, sob o ponto de vista substancial, do princípio do estado de inocência derivam três dimensões: 1) a regra probatória ou regra de julgamento; 2) a regra de tratamento; e 3) a regra de garantia. Na lição de Gomes (1999, p. 108-109):

No que concerne à natureza jurídica da presunção de inocência, urge destacar o seguinte: do ponto de vista extrínseco (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º). Do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.

Por força da regra probatória ou regra de julgamento, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável – e não ele, de provar sua inocência –, de modo a recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o réu praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória (LIMA, 2016, p. 20).

Por sua vez, em razão da regra de tratamento oriunda do princípio da não culpabilidade, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, o Estado se vê impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se eles já tivessem sido condenados definitivamente (LIMA, 2016, p. 20). Bem ainda, nas palavras de Nicolitt (2006, p. 62-63), “embora recaiam, sobre o imputado, suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”.

Por fim, encerrando o conteúdo tridimensional do princípio da não culpabilidade, a regra de garantia preceitua que o processo penal não pode ser entendido apenas como instrumento de persecução do réu, mas também é caracterizado pela garantia do acusado (GRINOVER, 1982, p. 27). Em outras palavras, a atividade acusatória ou probatória deve observar estritamente o ordenamento jurídico, como atividade pública cercada de garantias que é, pois não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito (GOMES, 1996, p. 386). Aqui, o processo penal se mostra como um caminho de garantias do imputado em face da atuação punitiva estatal (SANGUINÉ, 2003, p. 432-433).

2 | AS INTERPRETAÇÕES CONFERIDAS PELO STF ACERCA DO PRINCÍPIO DA

NÃO CULPABILIDADE

O STF vinha reconhecendo, já sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso. A questão foi discutida sobretudo no julgamento do HC nº 68.726/DF, em 1991, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, quando o STF firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a presunção de não culpabilidade a ordem de expedição de mandado de prisão contra o réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores (BRASIL, 1991). No mesmo sentido, vale citar os HHCC nº 72.366/SP (BRASIL, 1995) e nº 74.983/DF (BRASIL, 1997), ambos julgados no Supremo sob a relatoria dos ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso, respectivamente.

Em fevereiro de 2009, contudo, no HC nº 84.078/MG, o STF, por maioria de sete votos a quatro, julgou inconstitucional o cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, isto é, determinou que, à exceção das medidas cautelares de segregação do indivíduo, não seria possível o cumprimento imediato da pena quando pendente julgamento de recurso (BRASIL, 2009). À época, o principal argumento utilizado pelo tribunal foi a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que consagra no país o princípio do estado de inocência.

Prevaleceu no Supremo a tese de que o artigo 105 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, comungando, inclusive, da lição de Tourinho Filho (2005, p. 465), para quem, se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada, inexistindo título a justificar a prisão do réu anteriormente ao julgamento de eventuais recursos especiais ou extraordinários. O relator do HC em tela, o ministro aposentado Eros Grau, pontuou que, se é vedada a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147 da Lei de Execuções Penais) e da pena de multa (artigo 164 do mesmo diploma legal) antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade, que é mais grave, sob pena de se privilegiar o patrimônio, em detrimento da liberdade.

Nessa esteira, o ex-presidente do STF, ministro Cezar Peluso, adicionou em seu voto no HC nº 84.078/MG que o tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 482.006/MG, em 2007, declarara inconstitucional lei estadual que impõe a funcionário público, na pendência de ação penal por crime funcional e por força dessa pendência, desconto nos vencimentos e remuneração (BRASIL, 2007). Para o ministro, o tribunal, de forma contraditória, proíbe a execução provisória de medidas patrimoniais, que são reversíveis, mas, permite a antecipação de penas privativas de liberdade, absolutamente irreversíveis.

Segundo o voto do ministro Celso de Mello no HC nº 84.078/MG (BRASIL,

2009), o fato de alguém ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, de modo que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (*carcer ad custodiam*, e não *carcer ad poenam*). Tal posição rememora o teor do artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que, por sua vez, como destacado por Nucci (2016, p. 418), “reproduz” a redação do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e adiciona parte do inciso LVII, do mesmo dispositivo legal (BRASIL, 1988). Daí falar-se que o artigo 283 do CPP possui uma constitucionalidade espelhada (STRECK, 2016, p. 1).

Por ocasião do julgamento em tela, o ministro relator Eros Grau criticou as vozes favoráveis à execução provisória da pena, para as quais, ao prestigiar o princípio da não culpabilidade, os tribunais superiores seriam inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, e ninguém mais seria preso (BRASIL, 2009). Em resposta a esse argumento, o relator criticou posturas incitadoras da jurisprudência defensiva e frisou que a comodidade ou a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não podia ser lograda ao preço, sacrificando o princípio da não culpabilidade.

No julgamento em questão, surgiu com grande força o argumento concernente à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, quais sejam, o recurso especial (REsp), dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o recurso extraordinário (RE), destinado ao STF, e a conseqüente preclusão da matéria fático-probatória, o que permitiria a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Afinal, segundo esse ponto de vista, no REsp e no RE, o que está em discussão é a tese jurídica, e não a matéria de fato, cujo esgotamento se dá nas mãos dos *fact finders*, isto é, dos juízes das instâncias ordinárias, únicos encarregados da análise probatória. Esse, inclusive, é o teor das súmulas nº 279 do STF (BRASIL, 1963) e nº 7 do STJ (BRASIL, 1990b), que não admitem a interposição de recursos excepcionais para simples reexame de provas, ou seja, questões de materialidade (se houve crime) e autoria (quem foi seu autor).

Por essa razão, em dezembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula nº 122, com o entendimento de que, 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 (BRASIL, 2016d). Na legislação federal, a expressão maior desse raciocínio encontra respaldo no antiquíssimo artigo 637 do Código de Processo Penal, o qual, todavia, nos dizeres do relator do HC nº 84.078/MG, ministro Eros Grau, não se sobrepõe temporalmente à Lei de Execuções Penais, que lhe é posterior, nem sobrevive hierarquicamente à lei maior. Inclusive, vale lembrar que o artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 (BRASIL, 1990a), que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o STJ e o STF, foi revogado pelo novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Muito embora o ordenamento jurídico preveja a possibilidade de se conferir

efeito suspensivo aos recursos excepcionais, bastando, para tanto, o acolhimento de requerimento cautelar nesse sentido, conforme os artigos 995 e 1.029, § 5º, ambos do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), combinados com o artigo 3º do CPP, não é difícil verificar que a regra geral continua a ser apenas a devolutividade recursal, contrariando, pois, a redação do artigo 283 do CPP. Inclusive, parece salutar que não se transporte indiscriminadamente as categorias do processo civil para o processo penal (LOPES JR., 2016, p. 52), como se ambos possuíssem a mesma fenomenologia.

Em fevereiro de 2016, no HC nº 126.292/SP, o STF apreciou novamente a questão e, por maioria de seis votos a cinco, julgou constitucional a possibilidade de execução antecipada da decisão condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2016b), sendo esta a posição jurisprudencial prevalente até o momento.

Para Pacelli (2017, p. 39), tal decisão desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

Na opinião do ministro Edson Fachin, contudo, a partir da leitura que fez dos artigos 102 e 105 da Constituição da República (que preveem as competências do STF e do STJ), a finalidade que a lei maior persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto, pois o acesso via recurso aos tribunais de superposição se dá em caráter de absoluta excepcionalidade (BRASIL, 2016b).

Em reforço a esse argumento, o relator do HC em tela, ministro Teori Zavascki, colacionou em seu voto o desfecho da ação penal subjacente ao HC nº 84.078/MG, isto é, o fim processual do caso apreciado pelo STF na mudança jurisprudencial de 2009, após as pesquisas de Barbagalo (2015, p. 280):

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão, que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado, este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte “Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva

da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213”.

Unísono ao argumento acima, em recente artigo publicado na Folha de S. Paulo, os ministros Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1), do STF e do STJ, respectivamente, afirmaram que, por conta da utilização de sucessivos recursos, o “Judiciário passou a ser o refúgio de quem não tem razão, porque no mínimo se consegue adiar por muitos anos qualquer responsabilização penal”. Apoiados em levantamento feito pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2018, p. 2), os ministros afirmaram que, entre 1/9/2015 e 31/8/2017, o percentual de absolvição e de substituição de pena atingiu somente 0,62% dos recursos levados até o STJ.

Bem ainda, o ministro Teori Zavascki apontou que o tema em questão envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da não culpabilidade, aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse postulado e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade (BRASIL, 2016b). Segundo o ministro – que disse ter tomado de empréstimo as lições doutrinárias do ministro Gilmar Mendes –, o princípio da não culpabilidade, assim como qualquer outro princípio constitucional, não é absoluto e, portanto, comporta mitigações, desde que preservado o seu núcleo essencial (doutrina alemã do núcleo essencial).

Todavia, segundo o ministro Gilmar Mendes (2014, p. 223-224), a ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Tal destaque é relevante, uma vez que a doutrina do núcleo essencial nasceu da tentativa de limitar-se o esvaziamento de direitos fundamentais por ação legislativa, uma espécie de reação, à época, contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo (MENDES, 2014, p. 221-222), o que não vai ao encontro do princípio da não culpabilidade no Brasil, pois os direitos fundamentais já contam com proteção pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Em outubro de 2016, o STF julgou a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 do Distrito Federal – conjuntamente com a ADC nº 44 do Distrito Federal, que fora apensada àquela –, e, por maioria de seis votos a cinco, assentou que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (BRASIL, 2016a).

No mês seguinte, em novembro de 2016, o STF julgou a repercussão geral no recurso extraordinário com agravo (ARE RG) nº 964.246/SP, e, por maioria, reafirmou a jurisprudência do tribunal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da não culpabilidade (BRASIL, 2016c).

As decisões acima não escaparam a fortes críticas. Por todos, veja-se a leitura

que fez Pacelli (2017, p. 235):

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 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 endossemos as críticas feitas à opção do legislador.

Por fim, em abril de 2018, o STF apreciou o HC nº 152.752/PR, que reafirmou a posição dos três últimos julgamentos acima, admitindo a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância (BRASIL, 2018d). Mesmo a ADC nº 43 – e, conseqüentemente, a de nº 44, apensada àquela – estando conclusa para julgamento no Pleno e pendendo de solução meritória, a presidência do Supremo não pautou a ADC em questão para julgamento definitivo, e sim o HC nº 152.752/PR, cujo paciente era um ex-presidente da República patrocinado em juízo por um ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Na sessão de julgamento, o relator das ADCs, ministro Marco Aurélio, questionou o motivo de elas não terem sido pautadas, e sim o *habeas*.

É relevante destacar que, por força do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999), o julgamento meritório das ADCs produziria efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário, resolvendo, inclusive, o *habeas* citado, com a vantagem de examinar com profundidade o tema de fundo (por se tratar de um exame concentrado de constitucionalidade) e conferir ao órgão a roupagem que tanto deseja, isto é, a de um tribunal eminentemente constitucional. O *writ*, por sua vez, representa via estreita de conhecimento do feito e não passa de um instrumento *inter partes*.

Ainda em abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a ADC nº 54 (BRASIL, 2018b), em que pede liminar para impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade sem que haja decisão condenatória transitada em julgado. O partido afirma que o art. 283 do CPP está em perfeita harmonia com o texto constitucional (artigo 5º, LVII), que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora o tema já seja objeto das ADCs nº 43 e 44, nas quais medidas cautelares foram indeferidas e o mérito depende de julgamento, o partido aponta a existência de fato novo, a saber, a automaticidade (efeito imediato) ou compulsoriedade da prisão nas condenações em segundo grau.

No dia 19/12/2018, monocraticamente, o ministro Marco Aurélio deferiu medida liminar na ADC em questão, para sustentar a compatibilidade do artigo 283 do CPP com a Constituição Federal e determinar a suspensão de execução de pena nas condenações que não tenham transitado em julgado (BRASIL, 2018b).

Nada obstante, o atual presidente do STF, ministro Dias Toffoli, no próprio dia

19/12/2018, suspendeu os efeitos da decisão monocrática acima, prolatada horas antes. O presidente do STF acolheu recurso contra a decisão do ministro Marco Aurélio formulado pela Procuradoria-Geral da República (PGR), que solicitava ao presidente do Supremo a suspensão da medida liminar monocrática até o julgamento meritório da ADC nº 54 pelo Plenário. Nas palavras do ministro Dias Toffoli: “[...] zeloso quanto à possibilidade desta nova medida liminar contrariar decisão soberana já tomada pela maioria do Tribunal Pleno, que a Presidência vem a exercer o poder geral de cautela atribuído ao Estado-Juiz” (BRASIL, 2018b). Em 17/12/2018, isto é, dois dias antes da decisão liminar do ministro Marco Aurélio, o presidente do STF havia anunciado que o tribunal julgará em 10/4/2019 a validade da execução antecipada de acordo condenatório recorrível.

3 | A CRÍTICA DA TEORIA DO DIREITO. INTEGRIDADE *VERSUS* PRAGMATISMO

Uma extensa questão da teoria do direito repousa nos debates acima: o pensamento pragmático, cujos pressupostos exercem até hoje uma grande influência. Antes de abordá-los, todavia, a fim de se preparar um terreno epistemológico mais interessante, impende-se tecer breves considerações acerca do utilitarismo inglês de Bentham, nascedouro do pensamento pragmático (GODOY, 2014, p. 1).

De acordo com Bentham, fundador do utilitarismo, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor ou sofrimento no âmbito de uma comunidade. Ele acreditava que tanto o Poder Público, quanto os seus limites, deveriam ser pautados pelo princípio da “maior felicidade”, criticava duramente os direitos naturais, classificando-os como perigosos e anárquicos, e entendia o utilitarismo como um princípio coletivo, exigindo dos governantes que maximizassem o saldo líquido de felicidade de seus governados (HART, 1983, p. 182).

A aceitação do pensamento utilitarista reside sobretudo na sua simplicidade, no cálculo matemático de custos e benefícios que rapidamente se impõe. Em “Mendicância Extirpada”, por exemplo, Bentham (1843, p. 401) percebeu que o fato de haver pessoas em situação de rua reduzia a felicidade dos transeuntes, causando dor para alguns e repugnância para outros. Assim, o pensador propôs a remoção das pessoas em situação de rua, confinando-as em abrigos.

Felizmente, o programa benthaniano para lidar com pessoas em situação de rua nunca foi adotado, mas, alerta Sandel (2017, p. 51), o espírito utilitarista que o gerou está vivo e forte até hoje. Sandel (2017, p. 52 e 54) critica o pensamento utilitarista mediante a apresentação de duas situações hipotéticas:

Situação hipotética 1:

Consideremos uma situação na qual uma bomba-relógio está por explodir. Imagine-se no comando de um escritório local da CIA. Você prende um terrorista suspeito e acredita que ele tenha informações sobre um dispositivo nuclear preparado para

explodir em Manhattan dentro de algumas horas. Na verdade, você tem razões para suspeitar que ele próprio tenha montado a bomba. O tempo vai passando e ele se recusa a admitir que é um terrorista ou a informar onde a bomba foi colocada. Seria certo tortura-lo até que ele diga onde está a bomba e como fazer para desativá-la? O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito a sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar morte e sofrimento em grande escala.

Situação hipotética 2:

Suponhamos que a única forma de induzir o suspeito de terrorismo a falar seja a tortura de sua jovem filha (que não tem noção das atividades nefastas do pai). Seria moralmente aceitável fazer isso? Acredito que até mesmo o mais convicto utilitarista vacilasse ao pensar nessa possibilidade. Mas essa versão da situação de tortura é um teste mais verdadeiro do princípio utilitarista. Ela põe de lado a percepção de que o terrorista merece ser punido de alguma forma (apesar da valiosa informação que esperamos extrair dele) e nos força a avaliar o cálculo utilitarista em si.

As intuições no caso acima não estão relacionadas apenas com custos e benefícios, mas também – e especialmente – com a presunção de “culpabilidade” relativamente à pessoa a ser sacrificada, havendo nítida diferença de intuição entre a tortura de um “terrorista” e o suplício da jovem filha deste.

No caso hipotético, intui-se que “terroristas” são pessoas más que merecem ser punidas, e, apenas por conta dessa pressuposição, o cálculo de custos e benefícios torna-se simples. Ao modificar-se a pessoa a ser sacrificada, contudo, o pensamento utilitarista desmorona. Como a teoria do direito pode corrigir essa distorção do utilitarismo?

Kant (2003, p. 239) diria que, se todos e cada um dos seres humanos são merecedores de dignidade e respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva. O filósofo prussiano negaria o primado da maximização do saldo líquido de felicidade da maioria, e, ao contrário, sustentaria o respeito às pessoas como fins em si mesmas (SANDEL, 2017, p. 137). Tem-se, aqui, um poderoso ensinamento contra a utilitarismo, que falece sobretudo da compreensão do conceito de razão.

Para Kant (2004, p. 5), “a razão é a faculdade de ampliar as regras e os propósitos do uso de todas as suas forças muito além do instinto natural”. Segundo o pensamento do filósofo, a simples intuição ou instinto, quer dizer, o agir irrefletido, não deveria encerrar a natureza humana. Nas palavras de Kant (2004, p. 6):

A natureza quis que o homem tirasse inteiramente de si tudo o que ultrapassa a ordenação mecânica de sua existência animal e que não participasse de nenhuma felicidade ou perfeição senão daquela que ele proporciona a si mesmo, livre do instinto, por meio da própria razão”.

De fato, não é simples responder às situações hipotéticas apresentadas por Sandel, mas, decerto, o utilitarismo falha ao limitar-se a avaliar somente as consequências das ações e a felicidade majoritarista, olvidando a necessária reflexão

acerca do tipo de pessoa que cada indivíduo deve ser, isto é, da sua integridade, do argumento moral, que se mostra um importante caminho a ser seguido sobretudo na tomada de decisões. Diante da importância da integridade para a obra de Dworkin, mostra-se fundamental delimitar o sentido e o alcance que o termo integridade assumirá neste trabalho. Sem embargo de uma abordagem aprofundada em momento oportuno, adotar-se-á o termo como dever de integridade das deliberações judiciais, a pretensão de alcançar um Estado Democrático de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas, a expressão de um sistema único de justiça e equidade na correta proporção. Segundo Dworkin (1999, p. 202), a integridade torna-se um ideal quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.

Para o ex-ministro Cezar Peluso e os ministros Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti, pode ter sido fácil invocar uma estatística, realizar um simples cálculo ou uma análise de custos e benefícios no trato da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais. Esse cálculo, inclusive, torna-se muito fácil quando a minoria é “uma pessoa em situação de rua” (como abordou Bentham) ou um “suspeito de ato terrorista” (como hipoteticamente pontuado por Sandel). O que dizer, então, do famigerado “recorrente sem razão”, isto é, aquele para quem, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário passou a ser o seu refúgio (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1)? Certamente, os chamados “recorrentes sem razão” não sobreviverão a uma análise de custos e benefícios. Eis, aí, a intuição ou instinto comum criticada acima por Kant.

E se, por erro dos *fact finders* – que são pessoas falíveis, como ressalvado pelo ministro Teori Zavascki em seu voto vencedor no HC nº 126.292/SP –, alguns “recorrentes sem razão” vierem a ter razão, direito, procedência do pedido? Um erro apenas, uma única pessoa injustiçada, pode justificar, racionalmente em Kant, o *carcer ad poenam* que sofreu? Como desculpar-se, reverter a privação de liberdade, se esta é dotada de absoluta irreversibilidade, como frisado pelo próprio ex-ministro Cezar Peluso em seu voto no HC nº 84.078/MG, de 2009?

Segundo Dworkin (2006, p. 9-10), a dignidade humana, em sua primeira dimensão (próxima ao princípio da igualdade), declara que cada vida humana possui uma importância objetiva, isto é, um valor compartilhado por todos, e não apenas individualizado, subjetivo: “we should all regret a wasted life as something bad in itself, whether the life in question is our own or someone else’s”.

Mutatis mutandi, pode-se afirmar, com apoio na citação de Dworkin, que “todos nós devemos lamentar uma pena injusta como algo ruim por si só, quer a liberdade pertença a um de nós ou a outrem”. Mais: segundo o autor, numa nítida inspiração em Kant, se uma pessoa trata as demais (sejam elas “recorrentes sem razão” ou não) como simples seres cujas vidas não possuem qualquer importância objetiva, intrínseca, então essa pessoa, igualmente, despreza a própria vida (DWORKIN, 2006,

p. 10).

É nítida, pois, a relação entre o princípio do estado de inocência e o princípio fundamental da dignidade humana. No Brasil, o princípio da dignidade humana possui acolhida no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Sarlet (2016, p. 254) frisa a superposição da dignidade humana como princípio “fundamental”, bem como o reconhecimento, pela Constituição, de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.

As conclusões acima partem do pensamento de Kant, que construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto (SARLET, 2016, p. 249). Para o constitucionalista, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos, sobretudo estatais, que a violem ou a exponham a graves ameaças (SARLET, 2016, p. 254).

Em verdade, os dados estatísticos utilizados pelo ex-ministro Cezar Peluso e pelos ministros Luís Roberto Barroso e Rogério Schietti parecem configurar um verdadeiro apelo ao argumento pragmático, à opinião pública – ou melhor, à opinião publicada, uma dicotomia já denunciada por Maffesoli (2010, p. 20), segundo o qual, ao contrário da opinião pública, que é versátil e dotada de humanidade e fragilidade, a opinião publicada é aquela que “continua a repetir exaustivamente algumas ideias convencionais, lugares-comuns e outras verborragias”. É correto, ao menos sob o ponto de vista da teoria do direito aqui apresentado, recorrer à máxima utilidade ou à opinião pública (publicada), em detrimento de cada uma das pessoas que conseguirá, ao menos ao fim, demonstrar o excesso de pena que recebeu ou até mesmo afastar uma condenação, bem como, conseqüentemente, demonstrar que o Poder Público errou? Para o pragmatismo, segundo o seu pensador mais proeminente, sim, pode ser correto ceder à opinião pública (POSNER, 2010, p. 280).

Embora Posner (2010, p. 280-281) negue que o seu método pragmático funcione como uma mera análise de “custos *versus* benefícios”, o autor admite que o ato do juiz de “tornar o direito mais bem adaptado a seu ambiente social” configura um “benefício”, e as conseqüências eventualmente negativas, seja para os demais poderes (Executivo e Legislativo), seja para a opinião pública, geram “custos”. Segundo Posner (2010, p.

Os juízes também têm que se preocupar que, se se opuserem à opinião pública de forma muito vigorosa, os ramos políticos (mais precisamente, os mais políticos) do governo vão se rebelar e cortar as asas dos juízes. Uma prudência constante deve, portanto, reinar nas asserções mais agressivas dos juízes. Eles são mais agressivos quando fulminam os pareceres discordantes, porque os votos vencidos não têm que conviver com as consequências das posições que defendem.

Sim, Posner não aplica direitos sem pensar nas consequências da aplicação desse mesmo direito. Significa que a pessoa perdeu o direito? Não, ele sequer fora reconhecido. Em outras palavras, o autor conclui que, se a consequência for pesada demais, *exempli gratia*, para a opinião pública, esse direito não deve ser aplicado. Se a consequência for incômoda o suficiente para o Governo, este pode vir a “cortar as asas” dos juízes, como citado acima. Se houver resistência a determinadas decisões judiciais concessivas de liberdades civis, “o Congresso pode, por exemplo, conter a expansão judicial de liberdades civis aumentando a severidade da punição” (POSNER, 2010, p. 162). Juízes devem ser uma espécie de estrategistas, segundo os pragmáticos. Mais: isso seria melhor para o futuro. Afinal, ao priorizar a estratégia, a utilidade, até mesmo em detrimento dos direitos das pessoas, especialmente das minorias, o pragmatismo oferece uma versão encantadora, melhor para o futuro (DWORKIN, 1999, p. 192).

Todavia, por que o fato de um número maior de pessoas favorecer determinado curso de ação seria um sinal de que o curso favorecido é melhor ou mais justo (DWORKIN, 2014, p. 532)? Aqui reside (um)a diferença entre o direito e a política. Por isso, o pragmatismo é uma concepção cética do direito, porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas, pouco confortáveis.

Punir injustamente, punir antes do tempo, é correto? Para o pragmático, essa reflexão não é decisiva – embora ele não a desconheça. É o caso do voto do ministro do STF Luís Roberto Barroso, no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016b), que, expressamente, invocou razões pragmáticas para decidir:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de 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; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Em seu voto no HC nº 152.752/PR, em abril de 2018, o ministro Luís Roberto

Barroso disse entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado (BRASIL, 2018d). Mas, segundo ele, por essa lógica, todos os aeroportos deveriam ser fechados, porque, apesar de todos os esforços, haveria sempre uma margem mínima de acidentes. Nas palavras do ministro, viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

Como dito antes, a reflexão sobre punir injustamente, punir antes do tempo, não é decisiva para pragmáticos, embora eles não a desconheçam. Tal é a ressalva que o ministro Luís Roberto Barroso fez antes de introduzir a “analogia dos aeroportos”, ao dizer “entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado”. Tamanho o pragmatismo na fala acima, disse o ministro que “viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los”. A frase é impactante, e promove uma lógica não condizente com o direito, pois, no Brasil, o trânsito em julgado, se não fulminar materialmente qualquer possibilidade de erro, o fará formalmente, eliminando, portanto, quaisquer riscos em sede de estado de inocência. Essa é a exigência constitucional (artigo 5º, LVII): diferentemente da “analogia dos aeroportos”, viver o estado de inocência não admite os riscos do *carcer ad poenam* (diverso, não é demais frisar, do *carcer ad custodiam*).

Não há dúvidas acerca da excessiva delonga processual espalhada pelo país. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014). A solução para esse problema, contudo, não reside na mitigação do princípio da não culpabilidade. Afinal, ao menos desde 2014, o CNJ registra que a maior parte das demandas recebidas na sua Ouvidoria relativas à morosidade processual no Poder Judiciário decorre de feitos em tramitação no 1º grau, e não nas instâncias superiores (BRASIL, 2014).

Eliminar o trânsito em julgado contido no princípio do estado de inocência, ademais de contrário à Constituição, sequer dará efetividade ao Poder Judiciário como um todo, nem resolverá a morosidade processual, principal problema sentido pela sociedade e exposto pelo CNJ. A promessa de menos impunidade e maior eficiência do Poder Judiciário, em verdade, resultará na melhoria da gestão processual apenas dos tribunais superiores, dos ministros apegados a estatísticas majoritaristas e à jurisprudência defensiva. Ao que parece, o argumento do ministro Luís Roberto Barroso não valoriza a “jurisdição criminal ordinária”, e sim, a extraordinária (STJ e STF).

Ao menos até aqui, segundo os dados oferecidos acima pelo CNJ, parece existir um sinal de que a promessa pragmática de um futuro melhor para a sociedade, de menos impunidade e maior eficiência, não passa de um engodo facilitador da comodidade dos tribunais de superposição. A fala de Dworkin (1999, p. 192) é pertinente e atual: pragmáticos priorizam a melhor estratégia, ainda que, para isso, seja necessário rejeitar um direito. Para eles, o direito possui uma abordagem instrumental e cética,

e deve-se dar importância crucial às melhores consequências (MARRAFON, 2015, p. 2).

Por sua vez, o segundo discurso pragmático (da seletividade “às avessas” em nome do princípio da igualdade) é tentador, de fácil absorção. Sugere que, se o sistema penal é duro com os pobres, com as pessoas que não possuem acesso ao Judiciário em igualdade de condições com os ricos, que melhor e mais vezes exploram os recursos facultados pela lei, a Justiça deve agir seletivamente “às avessas”. A estratégia pragmática é constranger a recorribilidade, em nome do princípio da igualdade.

Para o pragmático, pouca importa se essa limitação atingirá, no caso concreto, o rico ou o pobre, ou se a limitação, em si, é a coisa certa a fazer, isto é, se é constitucional desconsiderar a exigência de trânsito em julgado para a presunção de não culpabilidade. De nada adianta, na visão do intérprete pragmático, refletir se a seletividade gira no sentido horário ou anti-horário: ao invés de paralisá-la (nulificá-la), prefere-se a inversão do seu sentido. Seletividade, para um lado ou para o outro, não respeita direitos, mesmo que a mudança do sentido giratório cause frenesi, soe como um progresso, um futuro melhor. O argumento é político, e não jurídico, e continua a legitimar a seletividade penal.

Causa espécie a utilização do argumento pragmático acima pelo ministro Luís Roberto Barroso. Ele que, em sua obra de direito constitucional, cita inúmeras vezes o pensamento de Sarlet, Kant e Dworkin, sobretudo quando aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, mais especificamente no capítulo “Transformações do direito constitucional contemporâneo”, sobretudo o item “III marco filosófico: a construção do pós-positivismo” (BARROSO, 2010). Streck (2018a, p. 3) fala numa dicotomia professor/ministro de Luís Roberto Barroso.

O princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em seu viés objetivo, aquele mais conectado ao princípio da igualdade e de inspiração kantiana, asseve que todos e cada um merecem igual respeito e consideração pela sua vida e pelos seus direitos, quer gostemos ou não da vida ou do direito do outro. O compromisso de desenvolver e interpretar o direito de modo principialista faz com que os membros de uma comunidade de princípios aceitem a integridade como um ideal, mesmo que diverjam entre si (MAUÉS, 2012, p. 607). Sim, Dworkin (2010, p. 105-106) já advertia que toda democracia contemporânea é uma nação dividida. São divisões nos aspectos de natureza cultural, étnica, política e moral. Nada obstante, adverte o autor, revela-se crucial manter uma integridade, especialmente no tocante aos princípios – onde podemos incluir o da não culpabilidade.

No dia-a-dia forense, contudo, vários juízes buscam escolher quais consequências reputam melhores para a sociedade (preferências políticas ou extrajurídicas), ainda que a coerência com princípios jurídicos permaneça em segundo plano, num pragmatismo que não permite respeitar, de forma independente, os direitos das pessoas (DWORKIN, 1999, p. 195).

Por fim, chega-se ao terceiro discurso pragmático, o da necessária “quebra do

paradigma da impunidade”. O uso de argumentos políticos, por parte de juízes, vem sendo combatido por Streck de há muito. Recentemente, o autor voltou ao tema, ao comentar a interpretação prevalente no STF acerca do princípio da não culpabilidade, criticando a utilização, por ministros do Supremo, dos discursos políticos da “impunidade” e da “efetividade judicial” (STRECK, 2018b, p. 3).

O pragmático, mesmo sabedor da diferença entre o problema do sistema recursal e o problema do direito da pessoa humana, prefere rejeitar o direito. O intérprete adepto do pragmatismo até vê o direito aplicável (por exemplo, a possibilidade de excesso de pena privativa de liberdade, a tornar fechado o regime inicial de cumprimento), mas, com maior predileção, busca a melhor estratégia, a maior conveniência, o resultado prático mais confortável, e aplica-o em detrimento da pretensão jurídica devida, mesmo que, para isso, frisa Dworkin (1999, p. 185), tenha o intérprete que derrogar qualquer anterior decisão legislativa (a exemplo daquela tomada por constituintes, como Darcy Pozza, acerca da exigência do trânsito em julgado para o princípio do estado de inocência).

Em sede de princípios, dados estatísticos dizem muito pouco, sobretudo porque direitos fundamentais são contramajoritários – e os órgãos responsáveis pela defesa deles, também. Então, “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”, como salientado pelo ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016a).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete máximo da Constituição, vem encontrando no princípio da não culpabilidade uma controvérsia interpretativa enorme: rejeitar ou autorizar a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Argumentos existem, e vários, para os dois lados, num debate que, de há muito, fugiu dos lindes jurídicos e, *sponte propria*, atingiu em cheio a política, sobretudo a opinião pública (publicada).

Como principal conclusão do trabalho, tem-se que a maioria dos ministros do STF, sobretudo a partir do HC nº 126.292/SP, de 2016, vem adotando uma concepção pragmática do direito, em decisões que negam à pessoa humana a garantia constitucional do trânsito em julgado para o afastamento da presunção de não culpabilidade, com nítidas consequências para o acesso à justiça, sobretudo às pessoas mais vulneráveis.

O contexto de crise política vivida no país tem cobrado do STF um verdadeiro protagonismo judicial, uma atitude pragmática por parte do tribunal, que, ao ceder a tais apelos, tem limitado o acesso à justiça, seguindo rumo diverso até mesmo da

história constitucional brasileira no tocante ao princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; SCHIETTI, Rogério. **Execução penal, opinião e fatos**. Folha UOL: São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniaio-e-fatos.shtml>>. Acesso em abr. 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Tracts on Poor Laws and Pauper Management**. In: BOWRING, John. The Works of Jeremy Bentham, vol. 8. Londres: W. Tait, 1843.

BRASIL. **Anteprojeto do relator da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, subcomissão dos direitos e garantias individuais**. Brasília, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**: 18º relatório trimestral da Ouvidoria – abril, maio e junho de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/894-relatorios-2014/78991-18-relatorio-trimestral-da-ouvidoria-abril-maio-e-junho-de-2014>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992**: promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678/1992**: promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.919/2006**: promulga a Convenção de Manágua. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941**: Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**: Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.038/1990**. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.868/1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**: novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: súmula nº 7. Brasília, 1990b. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: acervo processual. Brasília, 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 43/DF. Brasília, 2016a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 54/DF. Brasília, 2018b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: estatísticas de *habeas corpus* no tribunal. Brasília, 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 68.726/DF. Brasília, 1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 72.366/SP. Brasília, 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 74.983/DF. Brasília, 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 84.078/MG. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 2016b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 152.752/PR. Brasília, 2018d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: recurso extraordinário nº 482.006/MG. Brasília, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP. Brasília, 2016c. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: súmula nº 279. Brasília, 1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: súmula nº 122. Brasília, 2016d. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADHP (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos). **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: ago. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)?** In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR>. Acesso em: ago. 2018.

CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

DDHI (Declaração dos Direitos Humanos no Islã). **Declaração dos Direitos Humanos no Islã**. Cairo, 1990. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: ago. 2018.

DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem). **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-28/emargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito>>. Acesso em abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal** – As interceptações telefônicas. 2. ed. Saraiva: 1982.

HART, H. L. A. **Utilitarianism and natural rights**. In: Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 181-197.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

- KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Organização Ricardo R. Terra. Tradução Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAFFESOLI, Michel. **Saturação**. Tradução Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras, 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em abr. 2018.
- MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes**: regras, analogias, princípios. Revista Direito GV. São Paulo, 2012, p. 587-624.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário ao artigo 5º, § 3º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proteção do núcleo essencial**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.
- NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência**: violência, cidade e processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>>. Acesso em mar. 2018.
- PELUSO, Cezar. **Em defesa de uma justiça eficiente**. Notícias STF: Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em mar. 2018.
- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Revisão Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

SARLET, Ingo W. **Comentário ao artigo 1º, III.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso?** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>>. Acesso em abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em abr. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., rev., ampl., atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-444-3

