



O ROMANCE EM CADEIA E A TEORIA DE INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN DIANTE DA DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* 126.292

THE NOVEL CHAIN, RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY AND THE SUPREME BRAZILIAN SUPREME COURT'S DECISION IN HABEAS CORPUS 126.292

Bernardo Schmidt Penna¹

Flávio Quinaud Pedron²

RESUMO: O artigo em tela se propõe a discutir a partir da metáfora do Romance em Cadeia e da Teoria do Direito como Integridade, ambas da lavra de Ronald Dworkin, qual a melhor postura interpretativa para a prática jurídica. Identifica-se na metáfora do Romance em Cadeia uma modalidade hermeneuticamente adequada de melhor explicação sobre a dinâmica entre interpretação e aplicação democráticas do Direito. Assim, pretende, na sequência, demonstrar que a posição assumida pelo STF, no julgamento, do habeas corpus 126.292 é nitidamente um caso de desrespeito à cadeia proposta por Dworkin, bem como à sua ideia de Integridade do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Dworkin e Direito como Integridade; Romance em Cadeia; Presunção de Inocência.

ABSTRACT: The article intends to discuss what is the best interpretive posture for practice. For that, analysis the Ronald Dworkin's metaphor of Chain Romance and his Theory of Law as Integrity. With the Novel Chain metaphor has a hermeneutically adequate modality of better explanation of the dynamics between interpretation and democratic application of law is identified. Thus, it also intends to demonstrate that the position taken by the Brazilian supreme court, at the judgment of habeas corpus 126.292, did not respect the chain proposed by Dworkin, as well as his idea of law as Integrity.

KEY-WORDS: *Dworkin and Law as integrity. Chain Romance. Presumption of Innocence*

1. INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin é um jusfilósofo norte-americano que construiu uma teoria voltada à proposição de uma melhor teoria para o Direito, denominando-a de *Teoria do Direito como Integridade*. Para tanto, Dworkin

¹ Doutor em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2018). Professor de Direito da Universidade Federal de Rondônia, Campus Cacoal.

² Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor do PPGD da Faculdade de Direito de Guanambi/BA. Professor Adjunto da PUC-Minas e do IBMEC/MG. Membro da ABPDC. Advogado.

lança mão de *metáforas* e de figuras de linguagem, buscando aproximar a hermenêutica jurídica da hermenêutica geral, principalmente a partir de exemplo tirados da Literatura.³

Dentro desta temática (Direito e literatura) pode-se analisar a relação entre estes de duas maneiras: o Direito *na* literatura, por meio das narrativas literárias que abarquem temas do Direito em seu bojo; ou ainda o Direito *como* literatura em que o fenômeno jurídico é analisado na forma de uma narrativa. É nesse segundo aspecto que se enquadra a metáfora do Romance em Cadeia (*chain novel*) proposta por Dworkin para tratar da interpretação jurídica, de uma proposta de compreensão dos precedentes judiciais e da solução dos chamados ‘casos difíceis’. Propõe o autor que o intérprete/aplicador se comporte como um dos escritores de um romance em sequência, respeitando o que já fora escrito anteriormente como construção da obra.⁴

Essa cadeia sucessiva deve ser respeitada pelo intérprete/aplicador e, via de consequência, pelo próprio tribunal. Ocorre que, por diversas vezes, intérpretes e tribunais quebram a cadeia do romance que deveriam se manter “escrevendo”. Essa quebra pode se dar, muitas vezes, em razão do estabelecimento de uma decisão que se mostra como um “erro institucional”; demandando que o próprio Direito a reconheça como tal e a elimine do sistema jurídico e da cadeia de decisões do passado.

Foi o que aconteceu com o julgamento, no STF, do *habeas corpus* 126.292/SP, que permitiu a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença, ao contrário do firme posicionamento ostentado há anos pela Corte.

O presente estudo busca mostrar como a nova interpretação acerca da possibilidade de execução da pena de prisão após julgamento em segunda instância contrariou entendimento consolidado no Tribunal, funcionando como verdadeira quebra da cadeia que vinha sendo construída e respeitada, podendo, inclusive, gerar um clima de insegurança e desrespeitando garantia constitucional fundamental para a configuração e compreensão adequada do que seja o princípio constitucional processual da inocência.

2. O ROMANCE EM CADEIA DE DWORKIN

Uma vez que Dworkin levou sua vida intelectual para combater teorias equivocadas do direito, como o caso do Positivismo Jurídico ou do Realismo Jurídico,⁵ como um bom gadameriano,⁶ recusou-se a lançar mão

³ A utilização da Literatura como recurso didático, em Dworkin, segue o mesmo padrão que em Gadamer. Ambos promovem uma defesa da ideia de que a Hermenêutica não pode ser reduzida a uma dimensão instrumental, sendo, portanto, ontológica. Além disso, isso revela uma adesão a uma crítica ao Positivismo (geral ou Jurídico), que desvaloriza as práticas estéticas por entender que nelas impera um subjetivismo impossível de se alcançar a verdade. A solução deles é apresentar uma modalidade de interpretação construtiva, que unifica interpretação e criação, através da noção de Gadamer de *applicatio*

⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁵ Para mais críticas sobre ambas as tradições jurídicas remetemos o leitor à obra: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ Gadamer. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

de propostas metodológicas para explicar sua teoria. Ao invés disso, vai investir em *metáforas* que trazem modos exemplares de posturas e de comportamentos.

Uma dessas metáforas, descrita em mais de uma obra de Dworkin, mas pormenorizada e melhor desenvolvida em “Uma Questão de Princípio”, tem estrita ligação com a forma como Dworkin concerne a interpretação jurídica. Isso porque o jurista norte-americano defende que os verdadeiros problemas da teoria jurídica não são problemas acerca de divergências fáticas do direito, mas sim problemas de divergência teórica ocasionados por questões interpretativas.

Por isso mesmo, Dworkin concluirá que a verdadeira divergência sobre o direito é de cunho teórico, e que, para compreendê-la, os participantes da prática jurídica, devem antes, ser capazes de assumir uma *atitude interpretativa*.⁷ Em tal situação, os participantes do debate são levados a pensar sobre as melhores interpretações de uma prática ou de uma tradição, voltando-se para uma compreensão que é, em si, dinâmica e histórica.

A metáfora do “Romance em Cadeia” pode assim ser descrita: um grupo de romancistas é contratado para um projeto que consiste na elaboração de um romance. Um deles, escolhido aleatoriamente, escreverá o primeiro capítulo, o próximo acrescentará outro, sem recomeçar o romance e repassará ao seguinte e assim por diante. Com isso, cada romancista tem que interpretar e criar, através de um esforço comum, o mesmo e o melhor romance que puderem; sem ter a liberdade de inventar. Deve ler tudo que já foi escrito e interpretar de modo a continuar a obra da melhor maneira possível. Interpretar corretamente é diferente de começar um novo romance (ou transformar o romance que deveriam escrever em um conjunto de contos desconexos).

Os juízes-romancistas também não devem se subordinar à intenção, já que o Direito é uma obra continuada. O Direito, assim, é compreendido como uma narrativa histórica. A atividade não é totalmente livre nem totalmente limitada. Devem ser analisadas questões como: personagens, trama, gênero, tema e objetivo. Vale transcrever o comentário de Guest sobre a metáfora criada por Dworkin:

A ideia de romance em cadeia de Dworkin é muito útil. Vários romancistas juntam-se com a proposta de escrever, cada um deles, um capítulo de um livro em coautoria. (...) Está claro que haverá certas limitações de “ajuste”⁸ ao autor do segundo capítulo, e que essas limitações tenderão a aumentar para os autores subsequentes. (...) Essas limitações serão coisas como

⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.56-57. Guest (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.18) lembra que muitos irão criticar Dworkin justamente pela falta de um maior detalhamento acerca de sua abordagem, alegando que o autor carece de uma metodologia. Todavia, é esse mesmo o propósito do jurista norte-americano. Em momento algum, ele se prestará a cair na tentação de desenvolver algo do tipo, pois é ciente da crítica de Gadamer ao método. Ao invés disso, apostará em uma abordagem intuitiva e prática, mais concernente a uma mudança de postura que deve ser operada do que a um conjunto de regras que devem ser seguidas.

⁸ “É muito importante apreciar que, para Dworkin, a questão do “ajuste” é uma questão interpretativa em si mesma.(...) Onde, na ausência de “ajuste”, há uma âncora que forneça estabilidade ao argumento? Segundo Dworkin, nossos julgamentos devem “ajustar-se” às práticas institucionais não apenas porque devemos supor que nossa comunidade fala com uma só voz, mas porque essa voz também fala de uma maneira “embasada em princípio.” GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 53, 58-59.

os nomes dos personagens (“Cristine”, no primeiro capítulo, não pode, sem que nenhuma razão seja oferecida, ter o nome de “Thug” no segundo capítulo, por exemplo), a linguagem (seria loucura se o primeiro capítulo fosse em inglês e o segundo em sânscrito), e enredo (imagine se não houvesse explicações lógicas para alterações de lugar, tempo e comportamento de qualquer um dos personagens).⁹

Carlos María Cárcova penetra nos limites da liberdade de criação do intérprete e seus deveres verificados e descritos por Dworkin nesta metáfora, consignando que:

[...] su libertad creativa de intérprete, resulta así acostada porque no puede ignorar el entretejido lógico-argumentativo que lo precede, ni dejar de hacerse cargo – al menos em algum sentido- del que lo sucederá. El deber del Juez será el de interpretar La historia que encuentra, que es dada a su intervención y no inventar (se) una historia mejor.¹⁰

Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de *adequação (fit)*. E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (mas que não prescinde de uma dimensão crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma.¹¹ Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador.

A atividade jurisdicional, então, é sempre uma atividade que se processa a partir da compreensão, identificação e aplicação de *princípios jurídicos*.¹² Estes, por sua vez, não nascem do nada, nem são criados pelo Judiciário; eles estão assentados nas práticas já fixadas pela comunidade e incorporados pela própria Constituição.

3. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO A PARTIR DA CADEIA DO ROMANCE

Para Dworkin, o Direito é uma questão de interpretação. Logo, deve-se estudar a interpretação como um modo de conhecimento, afinal é o que levante como exigência a hermenêutica gadameriana, sendo a hermenêutica parte da filosofia.

A interpretação deve ser *construtiva* e levar em com a história jurídica institucional.¹³ É por isso que:

⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52.

¹⁰ CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y Narración*. In.: TRINDADE, André Karan et al (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

¹² THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

¹³ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

*As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, nem são simplesmente valorativas. São interpretativas da história jurídica, combinando tanto elementos de descrição quanto de valoração.*¹⁴

O dever do juiz é interpretar a história jurídica institucional que encontra, não lhe sendo permitido inventar uma melhor. Não há fórmula para decidir a melhor interpretação, mas ela necessariamente deve obedecer aos critérios de integridade e de coerência. Quanto ao que Dworkin considera “Coerência” e “Integridade”, vale a lição de Francisco Motta, vazada nos seguintes termos:

*[...] o governo deve ter uma só voz e agir de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.*¹⁵

Quanto à integridade, Rafael Tomaz de Oliveira sustenta que se trata de um “compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de maneira consistente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes”;¹⁶ ou ainda, conforme Lênio Streck e Georges Abboud, um “entrelaçamento entre a legalidade e a constitucionalidade”.¹⁷ Ao tratar da integridade, Streck e Abboud complementam ainda que:

*Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e da discricionariedade.*¹⁸

Para Motta,¹⁹ a força motriz de Dworkin é trabalhar o dever dos juízes enquanto juízes; dever de elaborar uma teoria coerente e que não desconsidere a complexidade normativa do Direito, justificadas principiológicamente e consideradas como acertos do ponto de vista constitucional.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

¹⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.52.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 179

¹⁷ STRECK, Lênio; ABOUD, George. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.146.

¹⁸ STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015 p. 117.

¹⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

Para Abboud, Carnio e Oliveira, nesta ordem de idéias, “uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade”.²⁰ Dessa forma, levando-se também em conta as idéias de princípio, pode-se concluir, com Streck e Abboud, que:

A coerência e a integridade deslocam seu âmbito de solução para a “consciência histórica”. A integridade é virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios e se expressa pela coerência principiológica na lei e jurisprudência. (...) A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.²¹

Importante a colocação de Marcelo Cattoni, ampliando ainda mais o acima explicitado e conferindo nova dimensão ao tema:

A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história.²²

4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Já tivemos a oportunidade de asseverar que foi Ronald Dworkin “um dos que melhor desenvolveram o estudo sobre o princípio, seja para identificá-lo, defini-lo, posicioná-lo ou demonstrá-lo.”²³ No entendimento de Dworkin, princípios são virtudes e essa ideia aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito e, mesmo não estando inscritos na própria comunidade política como valores, implicam um comprometimento com as decisões tomadas e com os próprios princípios.²⁴

²⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 393.

²¹ STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 119.

²² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à literatura?* In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24. (21-37).

²³ PENNA, Bernardo Schmidt. *Levando o Princípio a Sério – Uma análise do Princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil*. Revista de Direito Privado. Vol 71. Ano 17. P-51-76. São Paulo: RT, novembro. 2016, p. 57.

²⁴ STRECK, Lênio. *O Panprincipiológico e o Problema da Fragilidade da Discussão da Teoria da Norma em Terrae Brasilis. Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. Ano 15, n. 15, 2012, p. 348.

Rafael Tomaz de Oliveira, analisando a ideia de princípio e interpretação em Dworkin, traz que:

É a lida cotidiana dos tribunais, imersos num contexto remissional de significados históricos contundentes que constrói o significado do conceito de princípios. (...) Os princípios não são padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade.²⁵

Vale o registro da observação de Paulo Bonavides, acrescentando que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.²⁶

O princípio da presunção de inocência vem esculpido no texto constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso LXI, *verbis*:

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:
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Na legislação infraconstitucional, consta no artigo 283 do Código de Processo Penal, que se apresenta com essa redação:

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

Vale-se nesta oportunidade da lição de Guilherme de Souza Nucci, que, ao analisar o princípio em tela, ensina que:

Princípio da presunção de inocência, conhecido igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado – acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado juiz a culpa do réu.²⁷

Definitivamente, impossível não se considerar a presunção de inocência como um princípio constitucional processual e, dessa forma, dotado de caráter deontológico, não podendo ser negada sua aplicação.

²⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 171-8.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 263.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, 5 ed. ver., atual. E ampla. 2. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 81.

4.1. A POSIÇÃO ANTES CONSOLIDADA DO STF

É possível demonstrar a última posição do STF acerca da presunção de inocência e do momento em que deve se iniciar a execução da pena, considerada por muitos como sólida, através da apresentação de julgados recentes em sede de *habeas corpus*. Assim fez inclusive em seu voto o Ministro Relator no HC que serve de tema a esse estudo.

O finado Min. Teori Zavascky expôs que, em 2009, o Supremo Tribunal Federal reviu o posicionamento dominante na década anterior, que permitia a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, como, a título de exemplo, fundamentou-se o HC 91.675 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007), *verbis*:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO- CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.

Foi, portanto, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG,²⁸, que se observou uma ‘primeira’ quebra da cadeia decisória pelo STF. Nesse julgamento, “realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos

²⁸ HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido

a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação”.²⁹

4.2. JULGADOS DO STF SOBRE O TEMA DEPOIS DA QUEBRA DA CADEIA

É possível se verificar que a posição consolidada pelo STF anteriormente, voltou a ser utilizada em sede de *habeas corpus*, como no excerto extraído do julgamento do HC de número 135.711/SP:

(...) Isso porque a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados - a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.

Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste, insista-se, em nossos sistema legal, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes.

4.3. A DECISÃO QUE QUEBROU A CADEIA

Foi em fevereiro de 2016 que o Supremo Tribunal Federal, provocou a mudança deste sedimentado entendimento daquela corte, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* de número 126.292, oriundo de São Paulo. Um verdadeiro cavalo de pau na consolidada jurisprudência acerca do tema.

processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

²⁹ In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. consulta em 09/05/2017.

Do relatório exarado pelo Min. Teori Zavascki, responsável por relatar o *habeas corpus* em comento, consta, em linhas gerais, que se cuidou de julgamento de *writ* impetrado em virtude do fato do paciente condenado no HC 313.021/SP, ter permanecido preso, com *habeas Corpus* negado nas demais instâncias, inclusive o STJ, sem que sua sentença condenatória tenha transitado em julgado.

A alegação era de que a manutenção da prisão sem o devido trânsito em julgado violaria a jurisprudência do próprio STF. O caso foi levado a julgamento pelo plenário em que deveria ser confirmado o ataque à jurisprudência consolidada ou que esta deveria ser revista, levando-se a permitir a execução definitiva da pena desde a sentença de segunda instância. O julgamento em tela gerou a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE.(S) :MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE.(S):MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. COATOR (A/S) (ES):RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EMENTA: 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.

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. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Dessa forma, restou desconsiderada a firme jurisprudência da Corte Suprema, passando a vigorar o novo e, ao nosso viso inconstitucional, entendimento.

Nota-se que, por conseguinte que a proposta de interpretação de Dworkin foi absolutamente desconsiderada.

5. DA POSSIBILIDADE E DO MEIO PARA ALTERAÇÃO DE POSIÇÃO

É evidente, por outro lado que um tribunal não tem a obrigação de se manter firme e rígido em posicionamentos outrora adotados. É possível, e em muitos casos até mesmo louvável, que se revejam posicionamentos. Mas há uma forma adequada para tanto.

O posicionamento anteriormente consolidado pelo tribunal, com evidente matriz constitucional, até poderia ser alterado, acaso se deseje esgarçar um entendimento cristalino e, por que não dizer, em evidente consonância com o princípio da presunção de inocência, escancarado na Constituição da República de 1988.

Resta claro que tal expediente não pode se dar na forma como ocorreu na decisão em comento. Lênio Streck chama a atenção que tal fato não poderia se dar da forma “simples” como aconteceu e sim por meio

de *overruling*,³⁰ indicando o tribunal que pretende mudar seu entendimento e com que prognose o faz.³¹ Nessa ordem de ideias, o *overruling* poderia até mesmo funcionar não como uma quebra da cadeia do romance, mas uma alteração extremamente fundamentada e argumentada e que, de outra banda, significaria uma continuação do romance, mas com alguma alteração permitida, dado seu grau de fundamentação e argumentação.

Vale reiterar que, além de não ter sido esse o procedimento adotado, o próprio STF, após essa “alteração” no entendimento, chegou a proferir decisões consagrando novamente o princípio da presunção de inocência nos seus moldes constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respeitando a proposta interpretativa de Ronald Dworkin a partir da consideração da sequência de um romance em que o novo autor/intérprete deverá dar sua contribuição sem desconsiderar o que já vinha sendo escrito/decidido anteriormente, ficou claro que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, o STF agiu da maneira contrária.

Demonstrou-se que já havia uma sólida posição, condizente com a previsão constitucional da presunção de inocência, e que foi desrespeitada sem a utilização da forma ideal para uma eventual “mudança” de posição de um tribunal.

Dessa forma, resta considerar que o Supremo tribunal Federal do Brasil peca ao não se valer da coerência e, com isso, atrapalha a integridade do Direito brasileiro e desencadeia insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y Narración*. In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 11-19.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p. 94.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à literatura?* In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁰ “*overruling* quer dizer: o caso “provocador” deve ser um “caso” que tenha o condão de provocar essa reviravolta.” <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>. consulta em 01-09-2016.

³¹ <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>. consulta em 01-09-2016.

-
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. [Direito e Justiça].
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. [Direito e Justiça].
- DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford: Oxford University. v. 24. n. 1. 2004. p.1-37.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. ver., atual. E ampla. 2. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- PENNA, Bernardo Schmidt. *Levando o Princípio a Sério – Uma análise do Princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil*. Revista de Direito Privado. Vol 71. Ano 17. P-51-76. São Paulo: RT, novembro. 2016.
- STRECK, Lênio. *O Panprincipiologismo e o Problema da Fragilidade da Discussão da Teoria da Norma em Terrae Brasilis. Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. Ano 15, n. 15, 2012.
- STRECK, Lênio; ABOUD, George. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

Recebido: 5 de agosto de 2020.

Avaliação: 27 de outubro de 2020