



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 38

Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência

Constitutional jurisdiction and hermeneutics: discussing the conditions for the possibility for the application of the law based on the relativization of the presumption of innocence



UFRGS

Edson Vieira da Silva Filho
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Gustavo Silva Xavier
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência

Constitutional jurisdiction and hermeneutics: discussing the conditions for the possibility for the application of the law based on the relativization of the presumption of innocence

Edson Vieira da Silva Filho*

Gustavo Silva Xavier**

REFERÊNCIA

SILVA FILHO, Edson Vieira da; XAVIER, Gustavo Silva. Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018.

RESUMO

Esta pesquisa objetiva estabelecer uma reflexão crítica, a partir da análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Habeas Corpus 126.292 que deu ensejo à relativização da presunção de inocência, a respeito de alguns referentes teóricos utilizados na prática jurídica pátria, a saber: os precedentes judiciais sob a ótica da integridade e da coerência, a teoria dos princípios de Robert Alexy e a cisão entre questões de fato e questões de direito utilizada nos recursos extremos (extraordinário e especial). Retomando o romance em cadeia de Ronald Dworkin, o problema da indeterminação da linguagem kelseniano e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, analisamos a prática jurisprudencial que sucedeu o referido julgado e vimos como os estes implicaram em uma loteria judiciária e insegurança jurídica. Nossa hipótese é a de que caso a teoria da ponderação alexyana fosse aplicada nos termos propostos pelo *jusfilósofo* alemão não teria havido a relativização da presunção de inocência. Para serem alcançados esses resultados, utilizam-se como metodologia os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Como resultado, conclui-se que para que as amarras do passado (e do presente) que geram a flexibilização da autonomia do direito (e dos direitos fundamentais) sejam rompidas, faz-se necessária a inserção em um novo paradigma, no qual os princípios passam a representar o resgate do mundo prático e o

ABSTRACT

The present research aims to establish a critical reflection based on the judgment of the Habeas Corpus 126.292, that gave rise to the relativization of the presumption of innocence, regarding some of the theoretical references used in the country's law practice, such as: the judicial precedents based on integrity and coherence, Robert Alexy's theory of principles and the schism between factual issues and legal issues used on the extreme legal appeals (extraordinary and special). Resuming from the theory of chain romance by Ronald Dworkin, the kelsenian problem of the indetermination of the language and the schism between factual and legal issues, the jurisprudential practice that followed the before mentioned judgment is analyzed, and it was noticed how these imply a kind of judiciary lottery and judicial insecurity. The here proposed hypothesis is that the in case the alexyan ponderation theory were to be applied in the manner proposed by the German jusphilosopher there wouldn't have been a relativization on the presumption of innocence. For these results to be achieve, the theoretical contributions of Lenio Streck's Hermeneutical Critic of the Law was used as the methodology. As result, it is concluded that for the past (and present) restrains that generate the relaxation of the autonomy of the legal system (and the fundamental right) to be broken, it is necessary the introduction of a new paradigm, in which principal begin to represent a rescue

* Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre pela Universidade São Francisco (USF), São Paulo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Vice Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Editor Associado da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Membro dos Grupos de Pesquisa *Ultima Ratio* e *Sapere Aude*, vinculados a Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Advogado.





elevado grau de legitimidade que o direito assumiu no paradigma do segundo pós-guerra.

PALAVRAS-CHAVE

Presunção de Inocência. Crítica Hermenêutica do Direito. Ponderação. Princípios.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Construindo o romance (s)em cadeia: uma leitura da Presunção de inocência nas quase três décadas de vida da Constituição pátria. 1.1. Da constituição de 1988 ao Habeas Corpus 126.692. 1.2. Do Habeas Corpus 126.692 e suas implicações à luz do romance em cadeia de Ronald Dworkin. 2. Reflexões críticas da utilização da ponderação Alexyana. 2.1. Teoria da argumentação jurídica: o problema da indeterminabilidade dos princípios e sua “abertura” interpretativa. 2.2. Ponderação à brasileira: a relativização da presunção de inocência como consequência da recepção equivocada em *terrae brasilis*. 3. O resgate do mundo prático pela Crítica Hermenêutica do Direito: da necessidade de superação dos dualismos (ponderação versus subsunção, questões de fato versus questões de direito. 3.1. Da indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis (ponderação versus subsunção): o resgate do mundo concreto pelos princípios na crítica hermenêutica do Direito. 3.2. Da indevida distinção entre questões de fato e questões de direito ou porque toda questão de fato também é uma questão de direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em tempos de pós-positivismo, em que o Direito assume um papel de destaque, mormente pelo advento de Constituições compromissórias¹, que visam a transformar a realidade social, faz-se necessário discutir as condições de possibilidades de sua aplicação. Nos últimos tempos, notadamente na concepção moderna pós-positivista, muito se tem produzido a respeito dessa nova ruptura paradigmática, que muitos têm denominado de *neoconstitucionalismo*², que visa a demonstrar a existência de um (novo) constitucionalismo que perpassa pela constitucionalização do direito, pela força normativa das Constituições, pela reaproximação

of the practical world and a high degree of legitimacy that the law acquired in the post second world war paradigm.

KEYWORDS

Presumption of Innocence. Hermeneutical Critic of the Law. Ponderation. Principles.

entre direito e moral e pela incorporação nos textos constitucionais de valores associados à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que passam a condicionar toda a aplicação do direito.

Dentre os adeptos da referida concepção no Brasil, destaca-se Luis Roberto Barroso (2007) que, ao comentar as mudanças produzidas em relação à interpretação jurídica, menciona que tais transformações são ilustradas pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas, incluem-se “as cláusulas gerais, os princípios (e o novo papel assumido pelos mesmos diferenciando-se qualitativamente das regras), as colisões de normas constitucionais, a *ponderação* e a

¹ No Estado Democrático de Direito, o espaço que era antes reservado tradicionalmente à regulação legislativa passou a ser invadido pelo direito, que passa a ser um meio de transformação da realidade, porquanto, além de regular a intervenção do Estado na economia, preconiza a realização de políticas públicas e traz em sua Carta Constitucional um grande catálogo de direitos fundamentais. Cf. STRECK, 2013a, p. 109 e ss; MOTTA, 2017, p. 58.

² De início, é preciso ressaltar que o termo *neoconstitucionalismo* é uma designação comumente utilizada para designar um conjunto de transformações ocorridas no Direito após a Segunda Guerra, mormente pela reaproximação entre direito e ética, pela expansão da jurisdição constitucional, a força normativa das Constituições, dentre outras, mas que incorpora uma plêiade de autores que nem sempre apresentam perspectivas que dialogam entre si. Cf. STRECK, 2013, p. 297; TRINDADE, 2012. Nesse diapasão, Daniel Sarmento (2009, p. 114) aduz que os adeptos do *neoconstitucionalismo* procuram embasamento na concepção de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Dworkin, Alexy, Gustavo Zagrebelsky, dentre outros, mas que nenhum deles se definiu como *neoconstitucionalista*. Em razão disso, não é tarefa singela defini-lo, uma vez que não existe um único *neoconstitucionalismo*, mas sim diversas posições que guardam entre si algumas peculiaridades comuns – o que justifica serem designados no mesmo rótulo, mas que dificulta uma compreensão mais precisa.





argumentação (BARROSO, 2007, p. 133)” – grifos.

No entanto, a teoria jurídica pátria continua apostando em discricionariedades e voluntarismos incompatíveis com o Constitucionalismo Contemporâneo (e com a democracia) – o que acaba por gerar um enfraquecimento da força normativa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da autonomia do direito³. Um caso paradigmático diz respeito à relativização da garantia da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ocorrida no julgamento do Habeas Corpus 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, cuja repercussão geral foi reconhecida por unanimidade no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246, que se valeram, em grande parte dos votos, da teoria da *ponderação* alexyana e da distinção entre *questões de fato* e *questões de direito* nos recursos extremos como *álibi*, vez que estes não analisam provas (questões de fato), mas sim a interpretação da legislação (questões de direito), de modo a se fazer possível a execução provisória da pena diante do esgotamento das instâncias ordinárias.

Ocorre que tais decisões criaram uma verdadeira loteria judiciária⁴, na medida em que vários acórdãos posteriores negaram aplicação (consideração) ao precedente criado pelo STF, notadamente pelo fato de que, em sua grande parte, apoiar-se em argumentos de política em prol de argumentos de princípio (DWORKIN, 2010, *passim*), além do fato de tal entendimento

³ A ideia *neoconstitucionalista* adotada em *terrae brasilis* de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação gera um grande risco para a independência da jurisdição constitucional e de sua legitimação democrática. Nesse sentido, Streck (2014a, p. 46) aponta para o fato de que é possível afirmar que a expressão designada de *neoconstitucionalismo* pode nos ter levado a equívocos, uma vez que é um caminho que nos leva à jurisprudência dos valores temperada por elementos de concepção alexyana associados à teoria da argumentação.

⁴ Este termo é utilizado por estes autores para demonstrar a insegurança jurídica criada pelos citados julgados, uma vez,

entrar em confronto com o texto constitucional (art.5º, LVII, CRFB/88). Nossa hipótese é a de que caso a teoria da ponderação alexyana fosse aplicada nos termos propostos pelo *jusfilósofo* alemão não teria havido a relativização da presunção de inocência, pois vários de seus pressupostos não foram levados em conta.

Para alcançar tais resultados, utilizamos dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, de modo a discutir as condições de possibilidades de garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista o elevado grau de autonomia que o direito conquistou a partir do segundo pós-guerra, uma vez que a discricionariedade judicial presente na prática jurídica brasileira mostra-se incompatível com a democracia (STRECK, 2013, p. 297). Para tanto, analisaremos inicialmente as páginas do romance em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 294 ss) dos referidos julgamentos de modo a demonstrar suas implicações práticas. Além disso, desmistificaremos a aplicação errônea da teoria da ponderação de Robert Alexy e alguns dualismos que ainda persistem no direito (subsunção versus ponderação; questões de fato versus questões de direito) com o intuito lançar luzes a tais questões que continuam a contribuir pela baixa constitucionalidade que existe em nosso país.

Deste modo, compreende-se que este trabalho, para além de alargar as barreiras do conhecimento científico, pode repercutir positivamente na esfera social, buscando analisar os principais entraves à concretização dos direitos fundamentais.

como será demonstrado mais à frente, várias vezes tais premissas não foram seguidas pelos magistrados pátrios, por, dentre outros motivos, conflitar com o texto constitucional (art. 5º, inc. LVII, da CRFB/88), fato que gerou uma verdadeira “loteria judiciária”, já que os acusados teriam que contar com a sorte de seu processo ser julgado por um juiz contrário ao entendimento preconizado pelo STF, além do referido posicionamento adotado não possuir caráter vinculante (não consta nem sequer do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil).





1 CONSTRUINDO O ROMANCE (S)EM CADEIA: UMA LEITURA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS QUASE TRÊS DÉCADAS DE VIDA DA CONSTITUIÇÃO PÁTRIA

Este capítulo visa a demonstrar a construção da jurisprudência acerca da presunção de inocência tendo como ponto de arranque a Constituição de 1988 até os dias atuais, de modo a irradiar luzes à discussão e permitir uma maior compreensão da jurisdição constitucional pátria. Para tanto, utilizaremos do *chain novel* de Ronald Dworkin (2007) para, a partir disso, estabelecermos algumas reflexões.

O *jusfilósofo* norte-americano (2007, p. 294 ss), utiliza da metáfora do romance em cadeia para demonstrar que cada juiz deve se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia ao se lançar à criação e à interpretação jurisprudencial. Assim, ao equiparar o direito à literatura, Dworkin concebe a interpretação jurídica como uma história institucional do direito que se desenvolve a partir de diversas decisões, de modo que o processo interpretativo seria como um romance que não é escrito apenas por um escritor, mas por vários, de maneira que cada um deles seja responsável pela elaboração de um capítulo em separado, mas que deve continuar a história a partir de onde seu sucessor parou.

Assim como cada escritor, o juiz deve recorrer à avaliação institucional do que foi dito por juízes anteriores, em que a justificação deve se ater aos princípios de moralidade política que conformam o direito. Desse modo, a integridade passa a ser uma das principais virtudes democráticas, especialmente ao exigir que a

interpretação das leis (as decisões judiciais) seja justificada por argumentos de princípios e não de política. Desse modo, este tópico recorre à metáfora dworkiana do romance em cadeia para analisar o complexo de decisões e entender as motivações/justificações que levaram o STF a relativizar a presunção de inocência.

Inicialmente, será estabelecida a construção da história institucional da presunção de inocência da Carta Republicana de 1988 até o Habeas Corpus 126.292 e suas decisões posteriores no Plenário da Corte (no caso, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e o Recurso Extraordinário 583523, cuja repercussão geral foi reconhecida). A partir disso, tendo o romance em cadeia como pano de fundo, analisar-se-ão os julgamentos posteriores a tais decisões e o porquê deles terem ocasionada uma loteria judiciária na prática jurídica brasileira.

1.1 Da Constituição de 1988 ao Habeas Corpus 126.292

O princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade), incorporado no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República de 1988 (art. 5º, LVII), afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo fundamento peculiar da hodierna ordem constitucional, porquanto atributo da própria existência humana, como ato de fé no valor ético das pessoas. O referido princípio é também insculpido em diversos instrumentos internacionais⁵ de Direito Humanos.

Todavia, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil ser clara no

⁵ O referido princípio foi consagrado pela Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (art. 11.1). Disposições similares também são verificadas no Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos (Art. 14.2); no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, §2º); na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Art. 62); na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 7º, §1º, “b”); e na Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (art. 19, “e”).





sentido de que enquanto a sentença penal condenatória não transitar em julgado o acusado será considerado e tratado como inocente (regra de tratamento), sempre se questionou sobre a possibilidade da execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância, uma vez que, a partir de então, estar-se-ia restringido o efeito devolutivo dos recursos, porquanto não seria mais possível a análise de elementos fáticos (questões de fato), conforme enunciado 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Por tal razão, durante as duas primeiras décadas do atual regime constitucional, admitiu-se a possibilidade de imposição da pena com base em decisão condenatória de segundo grau, independentemente de haver recurso especial ou extraordinário pendente de julgamento. Nesse diapasão, citem-se os julgamentos históricos ocorridos após o advento da Carta Política de 1988. No ano de 1991, no Habeas Corpus 68.726, de relatoria do Ministro Neri da Silveira, com fulcro no artigo 619 do Código de Processo Penal e no artigo 27, §2º, da Lei n. 8038/90, dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, 08⁶ deles pugnaram pela compatibilidade da execução provisória da pena com a Constituição, de maneira a viabilizar a expedição da ordem de prisão após a decisão condenatória em segunda instância.

Na mesma linha, no julgamento do Habeas Corpus 72.366, julgado em 26 de janeiro de 1999, de relatoria do Ministro Neri da Silveira, a Suprema Corte brasileira, por unanimidade, pugnou pela constitucionalidade do já revogado artigo 594 do Código de Processo Penal – que trazia o benefício de apelar em liberdade, desde que o agente fosse primário e portador de bons antecedentes. Assim, revogou-se a anterior ordem de Habeas Corpus concedida e expediu-se a respectiva guia de recolhimento para a prisão. Em 24 de setembro de 2003, com o entendimento da

viabilidade da execução provisória da pena, foram aprovados dois novos enunciados de Súmulas (716 e 717), os quais autorizam a concessão de benefícios de execução penal aos acusados antes do trânsito em julgado da decisão.

Ocorre que, somente depois de mais de duas décadas do advento da Constituição da República de 1988, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 84.078, em 05 de fevereiro de 2009, por maioria de votos (07 a 04), modificou seu entendimento até então dominante. Assim sendo, embora os recursos extraordinários não sejam dotados de efeito suspensivo, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de grave afronta à Carta Constitucional, ressalvados os casos em que haja risco da liberdade do indivíduo, mediante a utilização de medidas cautelares, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Desse modo, pela primeira vez, depois de 21 anos da promulgação da Constituição, a Corte Constitucional brasileira manifestou-se pela prevalência do princípio da presunção da inocência em detrimento dos artigos que se referiam à ausência de efeito suspensivo dos recursos extremos.

Entretanto, em nova mudança de posicionamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, em julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, do qual se tratava de um jovem pobre de uma cidade paulista, acusado pela suposta prática do delito de roubo, por maioria de votos (07 a 04), concluiu ser possível a execução provisória de acórdão penal condenatória prolatado por Tribunal de segunda instância, ante a inexistência de efeitos suspensivos dos recursos extraordinários, ainda que não estejam preenchidos os requisitos da

⁶ Os demais se restaram ausentes (Sidney Sanches, Marco Aurélio e Celso de Mello).





prisão cautelar, bem como por se tratar de análise de questões de direito, além do fato de que a presunção de inocência é princípio e não regra, ponderável, pois, com demais valores consagrados pela Carta Constitucional de 1988⁷.

Adicionalmente, o Ministro Relator asseverou que deveria ser buscado o necessário equilíbrio entre o citado princípio e a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, se os recursos de natureza extraordinária não admitem o efeito devolutivo amplo e, em segundo grau, houve ampla apreciação fundada em fatos e provas insuscetíveis de reexame em instância extraordinária, far-se-ia sentido inadmitir efeito suspensivo aos aludidos recursos (art. 637, CPP). Ademais, a própria Lei Complementar 135/2015 (Lei da Ficha Limpa) estipula como causa de inexigibilidade a prolação de sentença condenatória pelo juízo *ad quem*, em relação aos crimes nela relacionados. Dessa forma, admitir a presunção de inocência até o trânsito em julgado, para a Corte Guardião da Constituição, seria admitir a indevida interposição dos mais variados recursos com efeito protelatório que, não raras vezes, visava à configuração da prescrição, porquanto o último marco interruptivo seria a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível (art. 117, IV, CP).

Além de todo o exposto, conquanto exequível provisoriamente o acórdão condenatório recorrível, em casos de flagrante violação de direitos, ao acusado ser-lhe-ia admitida a utilização de instrumentos aptos a saná-lo, a exemplo do mandado de segurança – o qual se mostra apto a atribuir efeitos suspensivos

a recursos – e o Habeas Corpus, remédio heroico que visa tutelar o direito à liberdade contra abuso ou ilegalidade de poder. Apesar disso, percebe-se claramente que se trata de argumentos utilitaristas, haja vista que os motivos elencados pelo STF dizem respeito às consequências e os objetivos da comunidade política (como a credibilidade do Poder Judiciário e a efetividade do sistema penal).

Diante da nova mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, foram ajuizadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), com pedido cautelar, no intuito de se declarar a legitimidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 12.403/2011. As citadas ações foram propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) – ADC 43 – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – ADC 44⁸, as quais, em caráter cautelar, pugnou-se pelo indeferimento desta, uma vez que, para o STF, o entendimento outrora firmado de que a execução provisória da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias não viola o princípio da presunção de inocência.

Posteriormente, foi reconhecida a repercussão geral do tema no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246, cuja constitucionalidade da relativização da presunção de inocência foi rechaçada. Em suma, argumentou-se que, por se tratar de princípio, pode ser ponderado com os demais valores constitucionais. Demais disso, os recursos extremos visam a uniformizar a legislação, de

⁷ A íntegra dos votos pode ser consultada através do seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 25/09/2017.

⁸ No caso, também se manifestaram: a Defensoria Pública dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro; o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; a Associação dos Advogados de São Paulo; a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas; o Instituto Ibero Americano de Direito Público; o Instituto dos Advogados Brasileiros e o

Procurador Geral da República. Interessante notar que, dentre eles, somente o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar. Lembrou que, até 2009, o Supremo Tribunal Federal se posicionava pela possibilidade do cumprimento provisório da pena a partir da decisão condenatória em segundo grau, além de os recursos extraordinários não afetarem o estado de liberdade dos condenados nas instâncias ordinárias⁸.





modo a analisar tão somente questões de direito e não questões fáticas, tendo a análise da culpabilidade se exaurido, bem como diante da ausência de efeitos suspensivos a tais recursos, não haveria negação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

Vê-se, assim, que tais decisões se valeram, em sua grande parte, da teoria da ponderação alexyana e da distinção (cisão) entre questões de fato e questões de direito nos recursos extremos (extraordinário e especial), vez que estes não analisam provas (questões de fato), mas sim a interpretação da legislação (questões de direito), de modo que por se tratar de princípio e não de regra e, pois, pode ser ponderado com demais valores, bem como a partir do esgotamento dos recursos ordinários, far-se-ia possível a execução provisória da pena, sem que isso implique violação ao disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, o que, como se verá a seguir, causou grave insegurança jurídica.

1.2 Do Habeas Corpus 126.292 e suas implicações à luz do romance em cadeia de Ronald Dworkin

Este tópico visa a reconstruir a história institucional da presunção de inocência a partir das decisões posteriores aos julgamentos do Plenário da STF que pugnaram pela relativização da presunção de inocência à luz do romance em cadeia de Ronald Dworkin (2007). A partir disso, tem-se a compreensão do Direito como integridade, em que a interpretação combina elementos do passado, do presente e do futuro voltada à fusão de horizontes (GADAMER, 2001, p. 452), na medida em que a prática jurídica é preconizada como um processo em construção ao longo do tempo, afastada da discricionariedade solipsista, encontra suporte na figura do *chain*

novel de Ronald Dworkin (2007, p. 294). Aqui as novas páginas do romance guardam correspondência com as anteriores, porquanto se forma uma tradição inserida no mundo prático, em que os intérpretes (juízes) concebem o direito como unidade.

Assim, não há liberdade para se criar ou assujeitar o objeto em análise, pois “Tanto o texto legal, evento que traduz marcas da história, quanto o próprio episódio em mira e a verdadeira história política da sua comunidade constroem hermeneuticamente o intérprete. Aliás, por esta razão ele é intérprete, (re)construtivo é certo, mas intérprete (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2009, p. 126)”.

Como exposto, não obstante as referidas decisões proferidas no Habeas Corpus n. 126.292, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e no Recurso Extraordinário 964.246 tenham rechaçado que a presunção de inocência se encerra com as decisões a partir das quais não seja mais possível a análise de provas, gerou-se uma verdadeira loteria judiciária, havendo decisões que aduziram a execução provisória da pena independentemente de fundamentação judicial e outras que a impediram, tendo em vista os comandos esculpidos nos artigos 5º, LVII, da CRFB/88 e 283 do Código de Processo Penal.

Conforme noticiado no informativo de n. 833 do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 135.100-MC/MG⁹, o Ministro Celso de Mello, que já havia proferido decisão a favor da vedação da relativização da presunção de inocência nos processos supracitados, em face de violação pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (HC 348.598/MG) que havia violado a vedação de *reformatio in pejus* (art. 617, *caput*, CPP) ao ordenar medida lesiva ao sentenciado em recurso exclusivo da defesa, bem como havia afirmado que após o encerramento das instâncias probatórias “o acusado passa de presumidamente

⁹ O teor do citado informativo pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo833.htm>>. Acesso em 30/09/2017.





inocente para presumidamente culpado, incumbindo-lhe o ônus de provar o contrário”, entendeu que em razão de a presunção de inocência se apoiar nos fundamentos que estruturam o modelo político-jurídico que conforma o Estado Democrático de Direito, além de a imposição dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal – os quais implicam que qualquer condenação criminal no país, ainda que se trate de pena de multa, não pode ser implementada sem o trânsito em julgado da decisão condenatória¹⁰.

No mesmo sentido da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial de n. 998.641/SP, em que um homem condenado à pena de um ano e três meses de prisão, a 5º Turma do STJ indeferiu pedido do Ministério Público para antecipar a pena restritiva de direitos imposta ao condenado. Com base na jurisprudência outrora firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público interpôs agravo regimental solicitando a execução provisória da pena. Com fulcro no artigo 147 da Lei de Execuções Penais e, considerando que o STF não o havia declarado inconstitucional, decidiu-se que a referida decisão não alcançava as penas restritivas de direito, de maneira que, para a execução destas, faz-se necessária a ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por outro lado, no sentido contrário às últimas decisões supramencionadas que apontavam para a não relativização da presunção de inocência, no Habeas Corpus n. 118.770/SP, a 1ª Turma do STF cassou decisão anteriormente concedida pelo Ministro Marco Aurélio, aduzindo que a execução provisória da pena de decisão do Tribunal do Júri, considerando a soberania dos veredictos – que também possui matriz

constitucional – não viola o princípio da presunção de inocência. Isso porque o respectivo Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, porquanto a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, de maneira que a simples decisão pelo Conselho de Sentença já implicaria a execução imediata da pena ora aplicada.

Noutro giro, em nova reviravolta jurisprudencial, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 129.663, asseverou que a prisão antecipada não é obrigatória e exige fundamentação, isto é, não dispensa os Tribunais de motivarem suas decisões. Na citada decisão o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) limitou-se tão somente a citar sua súmula de n. 122, segundo a qual “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”, bem como as decisões anteriores do STF que autorizaram a execução provisória de pena, sem fazer alusão à necessidade de manutenção do acusado no cárcere¹¹.

Essa reviravolta jurisprudencial causada a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292 deve-se, em grande parte, ao fato de que seus fundamentos foram baseados em argumentos de política em prol de argumentos de princípios (Dworkin, 2010, p. 217-218). Nesse diapasão, é peculiar a análise feita por Dworkin (2010, p. 176) acerca da força gravitacional de um precedente, ao afirmar que sua força pode ser explicitada por um apelo – não à sabedoria da implementação de leis editadas, mas à equidade, à isonomia e à segurança jurídica, já que estão a tratar os casos

¹⁰ Rechaçando que o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP e que o entendimento firmado pelo STF nos respectivos julgamentos não são vinculantes, o Ministro Marco Aurélio deferiu medida cautelar em Habeas Corpus, devolvendo a

liberdade do sujeito. Cf. HC 139.391/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 19/12/2017.

¹¹ Em entrevista ocorrida em data próxima aos referidos julgados, o Ministro Gilmar Mendes disse a jornalistas que o STF deve rever seu posicionamento acerca do tema em breve¹¹.





semelhantes de modo semelhante. Contudo, Hercules¹² só deve levar em consideração os argumentos de *princípios* que justifiquem esse precedente, jamais sua força de promulgação abstratamente considerada.

Assim, percebe-se que a decisão proferida pelo STF no *Habeas Corpus* 126.292/SP, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e no Recurso Extraordinário 964.246, causaram uma verdadeira loteria judicial – um *romance sem cadeia* – implicando em clara negação à cláusula Streck-Dworkiana do art. 926 do Código de Processo Civil, segundo a qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Desse modo, analisar-se-ão nos itens seguintes, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, duas questões fulcrais atinentes às condições de possibilidades de aplicação do direito em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo e que foram utilizadas, dentre várias outras, como fundamento da relativização da presunção de inocência: a teoria da ponderação alexyana e o dualismo entre questões de fato e questões de direito, de modo que lançar mão de reflexões que visem ao fortalecimento da autonomia do direito e da preservação de direitos fundamentais.

2 REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA UTILIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO ALEXYANA

Tendo em vista que a metade dos votos (no caso, destacam-se os votos dos Ministros Barroso, Gilmar Mendes e Teori Zavascki) que sustentaram a relativização do princípio da presunção de inocência estiveram baseados na ideia de otimização dos princípios, isto é, que estes podem ser cumpridos em diferentes graus e

sopesados com os demais “valores” consagrados na Carta Constitucional, faz-se necessário apresentar a teoria dos princípios de Robert Alexy e demonstrar como esta foi mal compreendida no Brasil.

De início, entendemos pertinente situá-lo de acordo com seus objetivos. Desde suas primeiras publicações, Alexy tentou realizar uma aproximação entre discursos práticos e jurídicos – isto é, entre direito e filosofia. Para tanto, para que os discursos jurídicos sejam racionais, entende que é necessário que sejam complementados pelos discursos práticos gerais. Assim, por entender o direito como uma prática argumentativa e para que haja racionalidade nas decisões judiciais, Alexy afirma que é preciso que sigamos corretamente um procedimento de argumentação racional e, para isso, vai propor uma teoria da argumentação jurídica – a qual busca conciliar as regras dos discursos habermasiana com as formas argumentativas de Perelman.

Conforme Rafael Simioni (2014, p. 234), Alexy parte de uma distinção inspirada em Esser e Dworkin entre regras e princípios para, a partir dela, fundamentar um procedimento de decisão racional para os casos difíceis, no qual o peso de um princípio de direito fundamental cede a outro cuja aplicação passa a ser mais forte. Nesse contexto:

Toda a construção teórica de Alexy é, no fundo, uma tentativa de conciliar o positivismo normativo de Kelsen com o jusnaturalismo material de Radbruch, por meio de uma teoria procedimentalista da argumentação jurídica, no âmbito da qual a decisão jurídica pode encontrar tanto a sua justificação interna (validade normativa) quanto a sua justificação externa (correção moral). Tudo isso para garantir a racionalidade das decisões judiciais (SIMIONI, 2014, p. 234-235).

¹² Hércules é uma metáfora (um juiz fictício) criada por Dworkin. Trata-se de um juiz com capacidade, sabedoria, sagacidade e paciência sobre-humanas e aceita que os

juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento seja racional (DWORKIN, 2010, p. 165).





Na visão de Alexy, enquanto as regras são mandamentos definitivos e podem ser mais facilmente identificadas, os princípios são mandados de otimização e apresentam elevado grau de abstração e generalidade. Por isso, conforme o próprio Alexy (1997, p. 25), a positividade dos princípios constituiria uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema moral.

Tendo isso em mente, demonstraremos, inicialmente, como a alargamento interpretativo propiciado pela teoria dos princípios em *terrae brasilis* contribui para o aumento da discricionariedade da prática judicial e, posteriormente, como a prática jurídica pátria compreendeu de modo diverso do proposto por Alexy e de que maneira isso contribuiu para a relativização da presunção de inocência.

2.1 Teoria da argumentação jurídica: o problema da indeterminabilidade dos princípios e sua “abertura” interpretativa

A discricionariedade judicial é um problema que há muito tempo assombra a teoria jurídica, sendo que as respostas para tal questão foram respondidas tanto pelo neopositivismo lógico de Kelsen (2009) quanto pelo positivismo moderado¹³ de Hart (2009) de modo insatisfatório, uma vez que apostavam na discricionariedade do intérprete (no caso de Kelsen, a decisão dentro da moldura jurídica seria livre, ao passo que em Hart os casos difíceis seriam resolvidos pela discricção judicial).

Ademais, apesar de Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* (2009) ter tido o grande mérito de ter dado operacionalidade ao direito – o qual ele mesmo define os procedimentos e conteúdos para sua criação, modificação ou extinção (SIMIONI,

2014, p. 235), vê-se que a sua teoria acabou por gerar um caráter arbitrário na decisão judicial, haja vista que, independentemente de seu conteúdo, pode ser considerada correta caso proferida pelo órgão competente. Como assinala Kelsen (2009, p. 393) “[a] produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

Além disso, a teoria kelseniana também demonstrou que todo ato de interpretação produz indeterminações e é aí que se apresenta o problema da escolha de um dos sentidos da norma para o caso concreto, que Kelsen trabalha como um ato de vontade (KELSEN, 2009, p. 392-396). A tentativa de racionalizar tal questão foi trabalhada pela teoria da argumentação jurídica sendo, criadas, então, uma série de distinções: casos fáceis e casos difíceis¹⁴; princípios e regras, não obstante sejam inadequadas e insuficientes para o modelo jurídico pátria, como se verá no capítulo terceiro deste artigo.

Nesta última distinção reside justamente o ponto fulcral da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Com a incorporação destes às Cartas de Direito modernas e especialmente a partir do Constitucionalismo moderno em que os direitos fundamentais passam a ser concebidos como normas que irradiam todo o ordenamento jurídico, vinculando não somente os particulares (eficácia horizontal), mas também o Estado (eficácia vertical), faz-se necessária uma metodologia adequada à interpretação destes, já que os textos legais que os enunciam geralmente são vagos e imprecisos.

Nesse diapasão, Alexy vai dizer que há direitos fundamentais que enunciam princípios e outros que preconizam regras, de modo a fazer-se imprescindível uma distinção entre ambos, a

¹³ Atribuição proferida por Dworkin a Hart. Cf. DWORKIN, 2010, p. 51 e ss.

¹⁴ Aqui se faz interessante uma observação: para os “casos fáceis”, a aplicação do direito continua sendo realizada como sempre foi, ao passo que nos denominados “casos

difíceis” – *hard cases*, justificar-se-ia a utilização de fundamentos morais, políticos e exteriores ao direito, convocados por meio da argumentação. Cf. SIMIONI, 2014, p. 239.





partir da qual seria elaborada uma metodologia adequada à construção de uma decisão jurídica racional. Enquanto as regras seriam mandamentos definitivos aplicáveis por subsunção – no âmbito do tudo ou nada, os princípios seriam mandados de otimização que, em caso de eventual colisão, devem ser aplicados por um procedimento denominado de ponderação – que só pode ser realizada no âmbito de uma argumentação jurídica (SIMIONI, 2014, p. 272).

Ocorre que, ao se argumentar a respeito de direitos fundamentais, estar-se-ia também utilizando argumentos baseados em princípios morais, uma vez que, conforme o próprio Alexy (1997, p. 25), a positivação daqueles constituiria uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema moral.

Outrossim, Alexy elabora vários critérios visando à distinção entre princípios e regras. Dentre tais, no que tange à generalidade da norma, quanto mais aberta (genérica) for, apresentar-se-á o caráter de princípio; por outro lado, quanto mais fechada for, estar-se-á diante de uma regra. Mas isso ainda não se mostra suficiente, de maneira que se fez preciso apresentar a *tese forte* de separação entre regras e princípios, isto é, à distinção teórico-estrutural entre ambos. Assim, enquanto as primeiras seriam mandados definitivos, sendo sua aplicação questão do tudo ou nada¹⁵ e que a subsunção é a forma característica de aplicação do direito, os princípios, por outro lado, são mandados de otimização que podem ser satisfeitos em diferentes graus (na melhor medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas), sendo, pois, suscetíveis de ponderação (ALEXY, 1997, p. 86-87).

E, como mandados de otimização, os princípios podem ser aplicados em diferentes

graus, fato que permitiria o esvaziamento de sua normatividade pela ponderação (HABERMAS, 2001) e ao mesmo tempo retornar-se-ia à discricionariedade da teoria kelseniana, porquanto há uma consequente abertura interpretativa, o que, indubitavelmente, está relacionada à subjetividade do intérprete¹⁶. Há, nesse aspecto, forte dificuldade em se compreender os princípios como instituidores de normas, notadamente por seu apego ao caráter genérico que dá ensejo à ocorrência de conflitos. Mas o grande problema é que, para solucioná-los, buscam-se critérios (sopesamento) apegados ao método, o qual não é um meio produtor de verdades, mas reproduzidor de um sistema subsuntivo (SILVA FILHO, 2010, p. 39).

E, se os princípios permitem o alargamento interpretativo, é possível que se justifiquem as decisões judiciais com argumentos exógenos (moral, política, costumes, dentre outros), o que contribui para o enfraquecimento da autonomia do direito. Uma leitura contrária da tese da abertura dos princípios pode ser encontrada em Streck (2014a, p. 446), ao afirmar que quando Dworkin diz que o juiz deve lançar mão de argumentos de princípios e não de política, bem como que não há princípios sem regras nem regras sem princípios, sempre estes o modo pela qual se dará a legitimidade de uma decisão judicial, está justamente apontando para os limites que deve haver no ato de interpretação judicial – ao direito não importam as convicções pessoais, na medida em que há o dever de decidir por princípios. Essa é justamente a blindagem da hermenêutica proporcionada pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Com a (re)valorização da dimensão prática, na qual os problemas da realidade são resolvidos no caso concreto, há a consequente

¹⁵ Isso significa que, em caso de eventual conflito, uma cederá à outra, de modo que a outra regra, além de não ser considerada pela decisão, deverá ser considerada como inválida, exceto se se estiver presente um critério de excepcionalidade das regras – cláusula de exceção.

¹⁶ A discricionariedade decorrente da teoria da argumentação – cuja ponderação emerge uma margem de discricionariedade é admitida inclusive por Pietro Sanchis (2003), um dos adeptos da citada teoria.





reaproximação entre teoria e prática, ou seja, um deslocamento de solipsismo subjetivista, baseado no esquema sujeito-objeto, para um contexto intersubjetivo de fundamentação, em que o conhecimento prático e teórico se relacionam pela circularidade do círculo hermenêutico. Em razão disso, como por trás de todo princípio haverá sempre uma regra e o contrário também é verdadeiro, os princípios têm a função de fechamento hermenêutico e não de abertura.

2.2 Ponderação à brasileira: a relativização da presunção de inocência como consequência da recepção equivocada em *terrae brasilis*

Como demonstrado acima, a teoria da argumentação alexyana aceita a tese da abertura textual do direito de Hart e Kelsen, haja vista que um de seus problemas centrais foi o de explorar essa dimensão, a qual seria a porta de entrada – no interior do discurso jurídico – “para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele chama de discurso prático geral (STRECK, 2014a, p. 382)”. Ademais, a utilização indevida da teoria da ponderação, que vem servindo de álibi para relativizar garantias fundamentais em virtude do sopesamento entre estes, será um dos pontos trabalhados neste tópico, de maneira que apresentaremos suas implicações. De início, faremos a análise de sua metodologia que visa a racionalizar as decisões

judiciais para, em um segundo momento, demonstrarmos como ela vem sendo utilizada indevidamente no Brasil.

Alexy (2003, p. 135), ao responder as críticas de Habermas à técnica do balanceamento (que ao equiparar princípios a valores permitiria um esvaziamento do de seu caráter deontológico e seria arbitrária, segundo o filósofo alemão) – que é parte de um princípio mais abrangente, o da proporcionalidade – afirma que é imprescindível que conheçamos sua estrutura. Sendo assim, a proporcionalidade seria composta da seguinte estrutura: adequação¹⁷, necessidade¹⁸ e proporcionalidade¹⁹ em sentido estrito. Os dois primeiros dizem respeito às circunstâncias fáticas, enquanto o último às possibilidades jurídicas, da qual vai decorrer a regra denominada de *lei do balanceamento*²⁰. Todos estes expressariam a ideia de otimização, sendo que os direitos constitucionais enquanto princípios seriam normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002, p. 47).

Ademais, para Alexy (1997, p. 112), sempre que se estiver diante de um caso em que a colisão entre princípios não possa ser resolvida satisfatoriamente nas etapas da adequação e da necessidade, a ponderação torna-se uma necessidade para a decisão judicial. Consigna-se, entretanto, que se trata de um procedimento a ser

¹⁷ O princípio da adequação requer que se analise, no caso concreto, se a decisão restritiva (a medida) do direito fundamental viabilize o alcance do fim pretendido: aqui, pergunta-se se o meio é adequado, faticamente, para alcançar o objetivo almejado (ALEXY, 1997, p. 205).

¹⁸ O princípio da necessidade impõe que se examine se entre os meios disponíveis e igualmente eficazes de promover o fim perquirido, o escolhido é o menos restritivo, isto é, que menos limite o direito fundamental em questão. (*Ibid.*)

¹⁹ O princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação: quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro (ALEXY, 1997, p. 161). Outro ponto importante da teoria alexyana diz respeito às condições de precedência *prima facie*, na medida em que

constituem uma carga de argumentação a favor de um princípio e contra outro, mas que exigem o cumprimento de um ônus de argumentação para serem afastadas. CF. ALEXY, 1997; 1998; 2003.

²⁰ Conforme Alexy (2003, p. 137): “A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.”





seguido, porquanto somente haverá ponderação depois de superadas as duas primeiras etapas – adequação e necessidade. Além disso, a racionalidade da ponderação exige que se demonstre o porquê de se atribuir um maior peso a um princípio em detrimento de outro. Para isso, Alexy elabora a *lei da colisão* e a *lei da ponderação*.

A primeira traz a necessidade de se estabelecer uma relação de *precedência condicionada*, na qual, no caso concreto, a decisão judicial vai estabelecer os motivos pelos quais um princípio precederá ao outro. Da *lei da colisão* vai decorrer a da *ponderação*, de modo que quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior será o grau de importância atribuído ao outro (ALEXY, 2008, p. 500). Diante de todo o exposto, a decisão jurídica que pondera princípios, em Alexy, deve realizar uma operação que abrange cinco etapas²¹.

Vê-se, assim, que na teoria da ponderação alexyana há uma metodologia a ser seguida por parte do juiz/Tribunal que venha a se deparar com eventual colisão entre princípios. Nesse sentido, tem-se que a valoração é um momento posterior que incorpora o procedimento da ponderação, sendo que o *jusfilósofo* alemão elaborou sua teoria justamente para racionalizar a ponderação de princípios, ao passo que, como se verá adiante, no Brasil tais passos são desconsiderados²².

Como afirma Streck (2014, p. 60):

²¹ De início, consigna-se que após as críticas de Habermas, Alexy mudou a forma de apresentação de sua teoria, não obstante ocorresse apenas uma mudança no modo de sua apresentação (apresentando, para tanto, as condições de precedência e a fórmula peso). A referida metodologia pode ser apresentada didaticamente: primeiro, identificam-se os princípios em colisão; segundo, comprovam-se os graus de não satisfação de um diante da satisfação de outro; terceiro, comprova-se a importância da satisfação de todos no caso concreto; quarto, apresentam-se os motivos que justificam a consideração da importância de um; quinto, indicação das consequências de um maior peso para um em detrimento de outro. Cf. SIMIONI, 2014, p. 292.

[...] Os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performativo, uma espécie de *álibi teórico* capaz de fundamentar os posicionamentos os mais diversos [...]

Fato é que a recepção acrítica de teorias alienígenas, especialmente a dos princípios alexyana, tem servido como *álibi* para relativização de garantias e consequente perda da autonomia do direito. Um dos casos marcantes ocorridos no Brasil diz respeito à relativização da garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR/88) realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus n. 126.296, das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44 e no Recurso Extraordinário 964.246, em que o próprio Ministro Barroso aduziu que a presunção de inocência é princípio – e não regra – podendo, pois, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais de mesma estatura. Afirmou-se ainda que “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como a liberdade e a pretensão punitiva do Estado”. Por isso, “é *ponderável* em outros valores, como a efetividade do sistema penal, que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas²³” – grifos.

²² Fausto de Moraes, Prêmio Capes 2014, sob orientação de Lenio Streck, demonstrou em sua tese de doutorado que o Supremo Tribunal Federal, nas quase duzentas vezes à época em que lançou mão da ponderação, *em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos por Robert Alexy*.

²³ Nesse sentido, transcreve-se parte do acórdão que foi reproduzido pelo Min. Luis Fux para sustentar a prisão de um acusado de tráfico de entorpecentes, após esgotados os recursos ordinários, *in verbis*: [...] Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, *na qualidade de princípio* e não de regra, é *passível de ponderação com outros princípios e valores* constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se





Nessa perspectiva, nas ADC's 43 e 44, o Ministro Gilmar Mendes também afirmou que há diferenças entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau, pois, a presunção de inocência iria enfraquecendo com o passar do processo. Implicitamente, também se verifica a ponderação no voto do Ministro Teori Zavascki, ao afirmar que “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”.

Vê-se que ambos os Ministros não utilizaram em seus votos a metodologia alexyana para aplicar a regra da ponderação, mas justamente escolheu, de antemão, outro *princípio* que entende mais relevante que a presunção de inocência para colocá-los em uma balança e “ponderar”. Seus votos expressam a ideia da “ponderação de valores”, que parte da máxima da proporcionalidade, sendo que esta, para Alexy, é uma regra e não um princípio. Da ponderação haverá sempre uma regra que será aplicada por subsunção ao caso concreto.

Ao aplicar a teoria dos direitos fundamentais do modo estabelecido por Alexy, chega-se à conclusão de que, como as regras são aplicáveis ao âmbito do tudo ou nada – ou se tem algo ou não se tem algo – e os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus – pode-se ter mais ou menos, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas – a presunção de inocência seria uma regra e não um princípio, de modo que sequer poderia ser ponderada, porquanto ou a pessoa é culpada ou ela é inocente, na medida em que não há como ser mais culpada ou menos inocente. Do mesmo modo, o direito à vida seria uma regra, pois não há como se ter mais ou menos direito à vida: ou se está vivo ou se está morto. Assim sendo, caso aplicasse a distinção teórico-estrutural de Alexy, sequer haveria ponderação,

comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores [...] – grifos. Cf.

uma vez que no caso se estaria diante de conflito entre regras, sendo que uma seria considerada válida e outra inválida (regra do tudo ou nada).

Por outro lado, ainda que se considera tais “regras” como princípios (na concepção alexyana), para se chegar à etapa da ponderação, faz-se necessário ultrapassar os princípios da adequação e da necessidade. No caso em questão, a simples utilização da adequação e da necessidade já implicaria na impossibilidade de ponderar. Isso porque, além de não se tratar do meio adequado para se atingir o objetivo, dentre os meios disponíveis e igualmente eficazes de promover o fim perquirido, o escolhido não é o menos restritivo, pois a solução dessa questão há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que permitam maior racionalidade ao modelo recursal brasileiro, mas não em desconsideração a um dos direitos fundamentais que fundamentam o sistema democrático pátrio.

Consigna-se, por fim, que a ponderação não é, como afirma Streck (2012, p. 74), uma operação em que se colocam dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais. Isto é, respostas antes mesmo das perguntas: primeiro se decide para depois fundamentar. Por isso, faz-se necessária lançar luzes aos princípios por meio do resgate do mundo prático proporcionado pela Crítica Hermenêutica do Direito.

3 O RESGATE DO MUNDO PRÁTICO PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: DA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DOS DUALISMOS (PONDERAÇÃO VERSUS SUBSUNÇÃO, QUESTÕES DE FATO VERSUS QUESTÕES DE DIREITO

HC 138934, Relator(a): Min. Luiz fux, julgado em 05/12/2016.





Demonstrou-se, até o momento, que a teoria jurídica pátria adotou acriticamente a teoria dos princípios de Robert Alexy (com a ideia de ponderação de direitos fundamentais) e diversos dualismos presentes na prática jurídica contemporânea, a exemplo do problema relacionado à compreensão dos recursos extremos, os quais visariam tão somente a julgar questões de direito e não questões de fato, sendo que tal motivo seria suficiente para permitir a execução provisória da pena a partir do encerramento das instâncias ordinárias.

Este capítulo visa a apresentar uma reflexão crítica de tais pressupostos teóricos a partir dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito. Nessa perspectiva, ela se situa, a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, bem como da teoria integrativa de Dworkin, dentro do giro ontológico-linguístico provocado pela Filosofia, ou seja, em um contexto histórico-linguístico em que o sujeito se vê imerso, que fornece e molda um horizonte de sentido (GADAMER, 2001, p. 452). É a partir da fusão de horizontes que texto e intérprete passam a dividirem algo comum – em que a compreensão, a interpretação e a aplicação não são eventos separados, uma vez que qualquer ato de compreensão já é um ato de aplicação. Assim:

[n]a compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação (GADAMER, 2001, p. 460).

Assim sendo, como o direito é linguagem e esta possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, fruto de um processo de comunicação intersubjetiva – superação da relação sujeito/objeto (S-O) para a relação sujeito/sujeito, mediada pela linguagem, especialmente pela impossibilidade de cisão entre compreender e

aplicar, não há como o intérprete retirar do texto algo que ele possui em si mesmo (STRECK, 2014, p. 423).

A partir dessas imbricações, a Crítica Hermenêutica do Direito visa a superar os dualismos “existentes” entre: compreender, interpretar e aplicar; sujeito e objeto; casos fáceis e casos difíceis; questões de fato e questões de direito, para dizer apenas essas. Ademais, conforme Lenio Streck (2009, p. 13), o grande dilema contemporâneo é o de construir as condições necessárias para que a jurisdição constitucional não se sobreponha ao próprio direito, na medida em que o direito não pode ser e nem é aquilo que os Tribunais dizem que ele é.

Fato é que se cabe a alguém dizer por último o sentido dos textos jurídicos, isto é, de dar a última palavra a respeito de uma questão constitucional ou infraconstitucional, faz-se pertinente voltar os olhos ao papel da jurisdição constitucional (em última análise, do papel da prática/teoria jurídica). Desse modo, analisar-se-ão o papel dos princípios (e seu fechamento interpretativo) na Crítica Hermenêutica do Direito e a errônea compreensão acerca dos recursos extremos, de modo a lançar luzes acerca dos dualismos ainda existentes na prática jurídica em *terrae brasilis* e demonstrar como isso contribuiu para a relativização do princípio da presunção de inocência.

3.1 Da indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis (ponderação versus subsunção): o resgate do mundo concreto pelos princípios na crítica hermenêutica do direito

Consoante já exposto, em razão da imprecisão da linguagem, o positivismo jurídico (e a maioria das teorias que se intitulam pós-positivistas) conferiu discricionariedade ao intérprete. Hart (2009, p. 166) delegou aos intérpretes oficiais o poder de, no âmbito da aplicação normativa concreta, dar solução ao caso





por meio de uma escolha. Isto é, para ele, não obstante os juízes devam aplicar regras reconhecidas pela comunidade como válidas, os casos duvidosos ou difíceis devem ser resolvidos pela discricção judicial (HART, 2009, p. 175). Isso não significa, entretanto, que a decisão será necessariamente arbitrária ou irracional, mas que será resultado de uma escolha (KAUFMANN, 2002, p. 157).

Do mesmo modo que Hart aposta na discricção judicial para resolver os casos difíceis, Alexy, por mais que tenha desenvolvido uma metodologia que buscasse racionalizar as decisões judiciais, continua apostando na discricionabilidade conferida ao intérprete ao resolvê-los por meio da ponderação. Afinal, como se dá essa escolha do *peso* do princípio em colisão?

Além disso, a cisão entre casos fáceis e casos difíceis é cindir o que não pode ser compreendido: “o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (STRECK, 2014a, p. 309)”. A referida separação acaba a atender o esquema sujeito-objeto, em que aquele é proprietário dos sentidos deste. Ao se considerar que os casos fáceis podem ser resolvidos por subsunção e que os casos difíceis podem ser solucionados por ponderação, há uma verdadeira cisão entre compreender e interpretar: toda interpretação parte de uma pré-compreensão, isto é, não interpretamos para compreender, mas sim compreendemos para interpretar, porquanto qualquer significação que se atribua a um ente é uma interpretação, já que toda atividade humana está calçada em um momento prévio de abertura para o mundo (HEIDEGGER, 2006, p. 209).

Continuar a apostar na distinção em *easy cases* e *hard cases* é continuar apostando que a complexidade do jurídico pode ser solucionado por deduções causais-explicativas. O problema disso está no fato da possibilidade do interprete de se compreendê-lo – nas condições de

possibilidade de entender os pré-juízos (STRECK, 2009, p. 16). Afinal, um caso difícil quando compreendido passa a ser um caso fácil.

Da mesma maneira em que se dá indevidamente a cisão entre casos fáceis e difíceis, o mesmo pode se dizer do modo de aplicação em que ocorrem os princípios e as regras: os primeiros, em caso de colisões, devem ser sopesados, enquanto as últimas partem de raciocínios causas-explicativos, de mera adequação do fato à norma. Para que haja subsunção, deve haver primeiro um *conceito sem coisa* (STRECK, 2014a, p. 486). Antes mesmo da ocorrência do raciocínio dedutivo ocasionado pelos *easy cases*, ocorre a pré-compreensão que atua como limite no processo de atribuição de sentido.

Em Streck (*Ibidem*, p. 568), a diferença (e não a cisão) entre regras e princípios parte da descoberta do caráter unificador destes, que são o marco de institucionalização da autonomia do direito. Isso porque as regras não acontecem sem os princípios, que atuam como condições de possibilidades para concretização do direito (isto é, no mundo concreto). Enquanto as regras regem o caso ao se apontar para o que deve e não deve ser feito, os princípios fazem com que a solução dada ao caso seja dotada de autoridade (apontam o caminho legítimo de aplicação da regra).

Assim, a indevida distinção estrutural produzida pela teoria da argumentação jurídica acaba por sucumbir o caráter de transcendência dos princípios: “No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença (ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica – no original, *ontologische Differenz*), é porque regra e princípio se dá, isto é, eles acontecem (na sua norma) no interior do círculo hermenêutico (STRECK, 2014a, p. 19).

Desse modo, ao contrário da teoria argumentativa alexyana em que os princípios, devido ao seu alto grau de abstração e generalizado, apresentam a abertura





interpretativa, em Streck (2014a, p. 570) é justamente o contrário: como não há regras sem princípios nem tampouco princípios sem regras, sendo que estes institucionalizam o mundo prático no direito, provocando justamente um fechamento interpretativo.

3.2 Da indevida distinção entre questões de fato e questões de direito ou porque toda questão de fato também é uma questão de direito

Conforme se percebeu da análise dos fundamentos das decisões proferidas no Habeas Corpus n. 126.292, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e Recurso Extraordinário 964.246, bem como de diversos acórdãos posteriores a tais decisões, um dos principais motivos atinentes à relativização da garantia da presunção de inocência insculpida no art. 5º, LVII, da CRFB/88 e no art. 283 do CPP – os quais aduzem a necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória – foi que, encerrada a fase de instrução probatória propiciada pelos recursos ordinários – aqueles que analisam questões de fato, os recursos extremos visariam tão somente a analisar questões de direito, isto é, decidir acerca da interpretação do significado da Constituição (recurso extraordinário) ou uniformização do entendimento a respeito de legislação federal/infraconstitucional (recurso especial). Assim, tendo em vista especialmente a dicção do art. 637 do CPP, estar-se-ia permitida a execução *provisória da pena, tendo em vista que restar-se-ia tão somente a análise de questões de direito.*

A problemática de tal entendimento se dá por partir da falsa suposição de que os referidos Tribunais Superiores não decidiriam tendo em mira o caso concreto, mas tão somente a uniformização jurisprudencial, como fosse possível cindir o interesse da parte atingida pela errônea compreensão/interpretação/aplicação da legislação ao caso em tela.

Em ambos os casos – recurso extraordinário e especial – em que pese seja o conteúdo da decisão uma questão de direito – o fundamento invocado pela parte recorrente ao recurso é, em si, a situação fática, ou seja, o fato constitutivo do direito que torna o recurso admissível, portanto, uma questão de fato (BAHIA, 2009, p. 185). A compreensão que se dá pela *applicatio*, especialmente ao unir as partes ao todo, nos faz ver que o direito não pode abrir mão do fato e o fato não pode abrir mão do direito, uma vez que toda questão de fato também é uma questão de direito, pois ainda que se atribua às Cortes Supremas o papel de dar a última palavra sobre a jurisdição constitucional, toda análise parte de uma solução a ser dada a um caso concreto. Como arremata Castanheira Neves:

E assim temos de concluir [...] que o direito não pode prescindir do facto e o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentante se ofereça na contingência da facticidade, também a validade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *quaestio juris* é sempre a *questio juris* de uma certa *quaestio facti* (NEVES, 2011, p. 511).

Assim sendo, a relativização da presunção da inocência pelo fato de que os recursos extremos não visam à reanálise fático-probatória do caso concreto (questão de fato), mas sim o de julgar teses em abstrato (questões de direito) parte de uma suposição falsa acerca da complexidade do fenômeno jurídico. Em suma: o simples “qualificar” juridicamente os fatos discutidos em juízo – a interpretação a ser dada a um conceito jurídico indeterminado, o significado de boa-fé, por exemplo, já implica em se analisar, ainda que indiretamente, questões de fato.

CONCLUSÃO





De tudo o que foi dito, vê-se que o Direito no paradigma do segundo pós-guerra passou a assumir o papel de transformador da realidade social, mormente pelo advento de Cartas Constitucionais compromissórias em que houve a necessidade de superação das posturas positivistas, pela (re)aproximação entre direito e moral, pela incorporação nos textos constitucionais de valores associados à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que passam a condicionar toda a aplicação do direito. Contudo, esse novo Constitucionalismo necessita superar o imaginário jurídico-positivista (pautado na relação sujeito e objeto) que ainda permanece na prática jurídica contemporânea.

E essa ruptura paradigmática consiste em se pensar novas alterações no modo de entender as coisas nas quais se dá uma construção intersubjetiva de sentidos. Nesse diapasão, texto e intérprete passam a dividir um horizonte comum no qual não há uma relação de apropriação daquele por este, mas sim um diálogo no qual o intérprete participa ouvindo o que o texto tem a dizer. É justamente desse diálogo que vai emergir a compreensão que passa a ser condição de possibilidade. Desse modo, não há como o intérprete retirar do texto algo que ele contém (pois amarrado tanto pela tradição quanto pela integridade e coerência do direito que guiam sua atitude interpretativa).

Ademais, se as Constituições do segundo pós-guerra passam a ter o papel de transformar a realidade social, tendo os princípios alçado o *status* de norma jurídica, faz-se imprescindível um novo olhar acerca de seu papel, notadamente em países com alto grau de desigualdades como o Brasil.

Em vez de mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus (equiparados a valores), os princípios devem ser vistos em sua perspectiva deontológica, como um resgate do mundo concreto e da legitimidade do direito. Isso porque não há princípios sem regras

nem regras sem princípios, o que faz com que cada decisão judicial seja dotada de autoridade, uma vez que legitimada por um princípio instituidor de uma regra (esse é o *plus* normativo ocasionado por esse novo Constitucionalismo).

Ao se pensar que o princípio da presunção de inocência possui uma dimensão de peso e pode ser sopesado com demais valores, como a efetividade do sistema penal, a confiança no Poder Judiciário, a proteção à vida, a segurança e a liberdade das pessoas, há a utilização de argumentos de política em face de argumentos de princípios, o que faz com que haja o enfraquecimento de seu caráter deontico e a consequente relativização de um direito tão caro à sociedade, o que acabou gerando, na prática, um verdadeiro *romance sem cadeia*, na medida em que se criou uma loteria judiciária na qual cada juiz passou a decidir de um modo.

Assim, a resposta adequada à Constituição (se acordo com esta) dar-se-á a partir da legitimidade da solução incorporada ao todo da história institucional do direito. É por isso que a solução de um caso concreto apresenta sempre um compromisso relacionado à equidade, já que os casos iguais devem ser tratados de modo igual na medida de sua igualdade.

Além disso, percebeu-se que os pressupostos da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy não são utilizados pelos Tribunais, além do fato de que, caso a citada teoria fosse utilizada do modo em que propôs o *jusfilósofo* alemão, não haveria o sopesamento da presunção de inocência, já que a “colisão” de princípios sequer passaria pelas etapas da adequação e da necessidade, além de a distinção estrutural entre princípios e regras implicar que a presunção de inocência seria uma regra e não um princípio (uma vez que não há como ser mais ou menos inocente: ou é ou não é).

Por outro lado, a ideia de que os recursos extremos (extraordinário e especial) visam tão somente a garantir a uniformização da legislação





(constitucional e infraconstitucional) e, por isso, a partir do encerramento das instâncias ordinárias seria perfeitamente possível a execução provisória da pena, parte de uma equivocada compreensão do fenômeno jurídico, porquanto a cisão entre questões de fato e questões de direito parte de um não entendimento de que toda análise de questões de direito parte de uma solução a ser dada a um caso concreto (toda questão de direito é também uma questão de fato). Se estivermos certos que pela applicatio gadameriana não há como cindir compreensão, interpretação e aplicação, a cisão fato e direito é cindir o que não

pode ser cindido: a pré-compreensão, que é condição de possibilidade.

Em suma, para que as amarras do passado (e do presente) que geram a flexibilização da autonomia do direito (e dos direitos fundamentais) sejam superadas, faz-se necessária a inserção em um novo paradigma, no qual esse (novo) Constitucionalismo seja alçado a um grau de constitucionalidade desejado, em que os princípios (aliados à integridade e à tradição) representem uma blindagem contra decisionismos e passem a representar um direito de toda a sociedade de ter sua causa julgada a partir da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v.16, n. 2, p. 131-140, 2003.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Editora Juruá. 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial de n. 998.641/SP*. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5º Turma. Brasília, 28 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 68.726/SP*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 24 de setembro de 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 72.366/SP*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Min. Neri da Silveira. Brasília, 26 de janeiro de 1999.





_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 84078/MG*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Neri da Silveira. Brasília, 05 de fevereiro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Direito Constitucional. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 em face do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Brasília, 05 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 126.292/SP*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus no 313.021 contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Recurso Extraordinário 964.246/SP*. Rel. Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 118.770/SP*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus 139.391/RN*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de dezembro de 2016.
HC 139.391/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, 06 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 129.663/RS*. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus impetrado em face da decisão Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Rel. Min. Celso de Mello Brasília, 25 de agosto de 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (Orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-Gerog. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2001.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Factidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.





HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. Ed. Trad. Marcia Sã Cavalcante Schuback. Editora Vozes, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

NEVES, Castanheira A. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. *Digesta. V.I: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011 ISSN 1516-6635, p. 103-133.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Lumen Júris, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Ainda e sempre o problema da relação “princípio-regra”: uma análise em tempos pós-positivistas. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

_____. Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). *Constituição, Política e Cidadania*. Porto Alegre: Editora GIW, 2013.

_____. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”*. Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET, Curitiba, 1 ed., v. 1, p. 383-413. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2014a.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.





VIEIRA, Edson. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal do sistema global. *Revista Justiça do Direito*, 2010, n. 24, v. 1, 2010, p. 9-60.

Recebido em: 23/10/2017

Aceito em: 24/02/2018

Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>



