

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Antonio Marcos Conceição

**Estratégias retórico-argumentativas nas decisões do STF a respeito da
execução antecipada da pena criminal**

DOUTORADO EM LÍNGUA PORTUGUESA

São Paulo

2023



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Antonio Marcos Conceição

**Estratégias Retórico-argumentativas nas decisões do STF a respeito da
execução antecipada da pena criminal**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Língua Portuguesa sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Antonio Ferreira.

**São Paulo
2023**

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

e-mail _____

Conceição, Antonio Marcos

Estratégias retórico-argumentativas nas decisões do STF a respeito da execução antecipada da pena criminal Antonio Marcos Conceição. – São Paulo: [s.n.], 2023. 175 p ; cm

Orientador: Luiz Antonio Ferreira

Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Língua Portuguesa.

1. Discurso Jurídico Decisório. 2. execução antecipada da pena criminal. 3. retórica e argumentação. 4. ethos, phatos e logos. I. Ferreira, Luiz Antonio. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Língua Portuguesa. III. Título.

CDD

Antonio Marcos Conceição

**Estratégias retórico-argumentativas nas decisões do STF a respeito da
execução antecipada da pena criminal**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Língua Portuguesa sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Antonio Ferreira.

Aprovado em: 21/02/2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Antonio Ferreira – PUC-SP (orientador)

Prof.^a Dr.^a Dieli Vesaro Palma – PUC-SP

Prof.^a. Dr.^a. Aparecida Regina Borges Sellan – PUC-SP

Prof.^a. Dr.^a. Marcia Silva Pituba Freitas – UNIÍTALO

Prof.^a. Dr.^a Ana Lúcia Tinoco Cabral – UFES

Aos meus pais, Epaminondas Conceição e Isabel Fernandes Conceição, in memoriam, por terem me concebido e acreditado que aquele menininho vingaria, cresceria, e um dia se tornaria uma pessoa capaz de contribuir para o aprimoramento da sociedade humana. À minha segunda mãe, tia Erundi, in memoriam, que, com a morte prematura de Isabel, cumpriu fielmente o pedido para que cuidasse do pequenino. Foram as pessoas que me criaram, e ministraram os primeiros ensinamentos fundamentais na minha formação. Por isso, tornaram-se merecedores do mais alto reconhecimento.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 – Processo nº 88887.472564/2019-00.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001 - Process nº 88887.472564/2019-00.

AGRADECIMENTOS

À FUNDASP pelo apoio recebido.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luiz Antonio Ferreira, por ter me ensinado que ninguém deve sofrer por estudar; muito pelo contrário, o objetivo do aprendizado é ser mais feliz. Ademais, por ter se tornado um referencial de atuação na docência; não obstante o incalculável conhecimento do qual é possuidor, tratar a todos como iguais.

Aos meus filhos amados, Maria Flor, Victor, Alyson e Yuri, por acreditarem que posso servir como um norte para os caminhos que percorrerão e por suportarem os momentos de distanciamento que sempre são necessários para a conclusão da pesquisa.

Às minhas irmãs Mirian, Geni e Antonia, e ao meu irmão Wilson, pelo amor e apoio; por, desde cedo, serem minhas inspirações, e sempre servirem de esteio moral e material e, por acreditarem que eu seria capaz de concluir as tarefas que me propus a realizar.

Aos meus cunhados, Nivaldo, Carlos e Isaias, pelo cuidado, apoio e incentivo que sempre me dispensaram.

A todos os meus primos e primas que considero como irmãos.

Aos meus sobrinhos e sobrinhas, que sempre estarão como filhos e filhas em meu coração.

Aos meus alunos, e alunas, por partilharem momentos inesquecíveis e por terem colaborado no processo de ensino/aprendizagem que compõe a relação aluno/professor

Aos meus amigos, amigas e todas as pessoas com quem convivi no curso da minha vida, por terem colaborado, de uma forma ou de outra, para que eu atingisse o ápice da carreira acadêmica.

Aos meus colegas e professores do Mestrado, pela convivência e contribuição na formação e por me conduzirem ao Doutorado, especialmente à Professora Doutora Ana Lúcia Tinoco Cabral, que se tornou a luz do meu caminho acadêmico.

Ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo, como instituição, e aos colegas de trabalho, por terem proporcionado as condições necessárias para a minha capacitação no curso de doutorado.

Ao assistente de coordenação Marcos de Oliveira pelo apoio incondicional.

À Nathalia Martins Melati e ao Thiago Zilio Passerini que revisaram e foram fundamentais no aprimoramento desse trabalho.

Aos amigos do Grupo ERA pelos momentos de estudo, pela participação em eventos acadêmicos realizados, pelas confraternizações de final de ano.

Aos Professores Jarbas Vargas Nascimento e João Hilton Sayeg de Siqueira, pelo conhecimento partilhado, pela contribuição para a pesquisa e por fazerem parte da minha vida acadêmica.

Às Professoras doutoras Dieli Vesaro Palma e Márcia Pituba de Freitas, que compuseram a Banca do exame de qualificação, pela contribuição ímpar para o aperfeiçoamento do trabalho.

A todos os membros da banca examinadora por aceitarem participar da conclusão dessa pesquisa e por fazer parte da minha formação.

“É, pois, sumamente importante que as leis bem feitas determinem tudo com o maior rigor e exatidão, e deixem o menos possível à decisão dos juízes. Primeiro, porque é mais fácil encontrar um ou poucos homens que sejam prudentes e capazes de legislar e julgar, do que encontrar muitos. Segundo, porque as leis se promulgam depois de uma longa experiência de deliberação, mas os juízos se emitem de modo imprevisto, sendo por conseguinte difícil aos juízes pronunciarem-se retamente de acordo com o que é justo e conveniente”. (Aristóteles)

RESUMO

O presente trabalho aborda o discurso jurídico decisório que se expressa por meio da linguagem. A interpretação do Direito se realiza a partir de silogismos jurídicos que são formulados com base nos raciocínios dialéticos, bem como nas presunções legais ou pessoais que são frutos das formações sócio-históricas e culturais, e das opiniões, das crenças e das ideologias dos julgadores. No Direito Penal brasileiro, vigora a presunção de inocência prevista como garantia constitucional, o que torna controversa a antecipação da execução penal. O objetivo geral do presente estudo é verificar como os argumentos revelam as crenças, os valores e opiniões – *doxa* - dos julgadores. Os objetivos específicos são: 1 - Identificar os tipos de argumentos e os lugares retóricos empregados na argumentação para a fundamentação das decisões do STF encontrados no *corpus* de análise; 2 – Analisar e interpretar como o *ethos*, o *pathos* e o *logos* se apresentam e expressam no discurso as opiniões, crenças e valores nas decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal; 3 – Analisar e interpretar como os elementos da *doxa* - recolhidos nos lugares comuns - se transformam em *endoxa* a partir de crenças e valores da sociedade. A metodologia empregada é o estudo bibliográfico e a análise retórica. O corpus de análise é composto por três decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos anos de 2009, 2016 e 2019 sobre a execução antecipada da pena criminal que evidenciaram os argumentos e o emprego do *logos*, do *ethos* e do *pathos* nos textos dos acórdãos, impregnados de subjetividade, com a expressão das opiniões próprias e da *doxa* de parte do auditório geral, transmutada em *endoxa* quando enunciada pelo julgador. O referencial teórico utilizado abrange os estudos desenvolvidos por Aristóteles (2005), Ferreira (2010), Meyer (1993), Perelman (1996; 1998), Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019), Reboul (2004), Tringali (2013) e van Dijk (1999), a respeito da Retórica, da argumentação, da lógica jurídica, da ideologia, e da análise retórica que é empregada como metodologia crítica para compreensão dos níveis internos e externos, construtivos e referenciais dos discursos, e revela que, além das provas técnicas ou extrínsecas que são externas aos discursos, os ministros relatores empregaram as provas intrínsecas que são o *logos*, o *ethos*, e o *pathos*, próprias do discurso. Demonstrou-se que as estratégias retórico-argumentativas utilizadas para persuadir e convencer o auditório da racionalidade jurídica das decisões revelam as crenças, opiniões e ideologias pessoais e sociais adotadas pelos julgadores.

Palavras-chave: discurso jurídico, execução antecipada da pena criminal, retórica, argumentação.

SUMMARY

The present study examines the decision-making legal discourse expressed through language. Legal interpretation is conducted through legal syllogisms based on dialectical reasoning, as well as legal or personal presumptions stemming from socio-historical, cultural formations, and the opinions, beliefs, and ideologies of the judges. In Brazilian criminal law, the presumption of innocence prevails as a constitutional guarantee, making the anticipation of criminal execution controversial. The general objective of this study is to examine how arguments reveal the beliefs, values, and opinions – doxa - of judges. Specific objectives are: 1 – Identify the types of arguments and rhetorical strategies employed in justifying decisions of the Supreme Federal Court (STF) found in the corpus of analysis; 2 – Analyze and interpret how *ethos*, *pathos*, and *logos* are presented and expressed in the discourse as opinions, beliefs, and values in the decisions of the ministers of the STF; 3 – Analyze and interpret how elements of doxa - gathered from commonplaces - transform into endoxa based on societal beliefs and values. The methodology employed consists of bibliographic study and rhetorical analysis. The corpus of analysis comprises three decisions of the Supreme Federal Court rendered in the years 2009, 2016, and 2019 regarding the early execution of criminal penalties, which evidenced the arguments and use of *logos*, *ethos*, and *pathos* in the texts of the opinions, imbued with subjectivity, expressing the judges' own opinions and the doxa of part of the general audience, transmuted into endoxa when enunciated by the judge. The theoretical framework encompasses studies developed by Aristotle (2005), Ferreira (2010), Meyer (1993), Perelman (1996; 1998), Perelman and Olbrechts-Tyteca (2019), Reboul (2004), Tringali (2013), and van Dijk (1999), regarding Rhetoric, argumentation, legal logic, ideology, and rhetorical analysis employed as a critical methodology for understanding the internal and external, constructive and referential levels of discourse, revealing that, in addition to technical or extrinsic evidence external to the discourse, the rapporteurs employed intrinsic evidence such as *logos*, *ethos*, and *pathos*, inherent to discourse. It was demonstrated that the rhetorical-argumentative strategies used to persuade and convince the audience of the legal rationality of decisions reveal the personal and social beliefs, opinions, and ideologies adopted by the judges. Keywords: legal discourse, early execution of criminal penalties, rhetoric, argumentation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 01: Hipótese 1	75
Quadro 02: Silogismo jurídico 1:	78
Quadro 03: Tipo de lugar 1.....	79
Quadro 04: Transmutação <i>doxa/endoxa</i> - prova intrínseca – valores.....	87
Quadro 05: Tipo de lugar 2.....	87
Quadro 06: Tipo de argumento 1	88
Quadro 07: Hipótese 2	92
Quadro 08: Tipo de argumento 2	93
Quadro 09: Tipo de argumento 3	94
Quadro 10: Silogismo jurídico 2	95
Quadro 11: Tipo de argumento 4	97
Quadro 12: Silogismo jurídico 3	98
Quadro 13: Tipo de argumento - prova intrínseca 1.....	99
Quadro 14: Transmutação <i>doxa endoxa</i> – prova intrínseca - valores 2.....	101
Quadro 15: Hipótese 3	103
Quadro 16: Silogismo jurídico 3	104
Quadro 17: Figura de linguagem– prova intrínseca - valores.....	105
Quadro 18: Tipo de argumento e prova intrínseca 2.....	105
Quadro 19: Tipo de argumento 5	1085
Quadro 20: Prova intrínseca 2.....	1108
Quadro 21: Figura de linguagem.....	110

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ações declaratória de constitucionalidade
HC	Habeas Corpus
DF	Distrito Federal
CPP	Código de processo penal
CF	Constituição Federal
MP	Ministério Público
Min.	Ministro
PJ	Poder Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STF	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 DIREITO E RETÓRICA	21
1.1 Os conceitos que sustentam o Direito	21
1.2 A Retórica	22
1.3 Retórica e argumentação.....	28
1.4 A questão e o raciocínio	30
1.5 A opinião.....	34
1.6 <i>Doxa</i> e <i>endoxa</i>	355
1.7 As crenças	36
1.8 Os valores e as hierarquias	41
1.9 Os lugares	42
2 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA RETÓRICA	44
2.1 O auditório no discurso jurídico	50
2.2 O <i>Ethos</i> , <i>pathos</i> e <i>logos</i> no discurso jurídico.....	52
2.2.1 O <i>ethos</i>	53
2.2.2 O <i>pathos</i>	54
2.2.3 O <i>logos</i>	55
2.3 As presunções judiciais	57
2.4 A presunção de inocência no Direito Penal	61
3 EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, VALORES E IDEOLOGIA	64
3.1 Contexto	64
3.2 O acórdão judicial	69
4 AS DECISÕES DO STF A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	74
4.1 O posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena até 2009... 74	
4.2 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena depois de 2009.....	75
4.3 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena depois de 2016.....	90

4.4 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena a partir de 2019.....	102
5 CONCLUSÃO	1122
REFERÊNCIAS.....	12020
ANEXO A.....	1244
ANEXO B.....	12445
ANEXO C.....	12465

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade exige a regulação da convivência entre as pessoas e a administração pública. A Constituição que rege as ações do Estado, bem como as normas infraconstitucionais criadas e aplicadas pelo Poder Público, constituem o Direito Objetivo, que sempre pressupõe os direitos e deveres individuais materiais e formais dos cidadãos. Na qualidade de conjunto de normas, ele é aplicado pelo detentor do poder no exercício da jurisdição¹. Para nossos propósitos, cumpre ressaltar que a jurisdição somente pode emergir por meio da linguagem, pois, pela expressão linguística as partes discursam em defesa das teses e, no uso de suas atribuições, os julgadores proferem decisões e as comunicam pelo discurso jurídico decisório.

Esse proceder regulador e legal instituiu uma crença que perdura desde o Império Romano e foi reforçada durante a Revolução Francesa: o Poder Judiciário, representado por juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores, decide com imparcialidade, objetividade e neutralidade, uma vez que é desprovido de interesses na causa. Observe-se, porém, que as instituições são regidas por seres humanos e, por isso, passíveis de erros, acertos e envolvimento diversos.

Para Aristóteles (1991, p. 210), o objetivo do ser humano é visar a um bem, sobretudo ao bem comum, que emerge da convivência social. O filósofo realçava a ideia de que toda “cidade” é uma espécie de associação que igualmente tem por alvo algum bem. O bem maior, portanto, envolveria a sociedade política. Com base nesse conceito de bem comum, Aristóteles foi o grande precursor da separação dos poderes ao dividir o Estado em Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Posteriormente, John Locke (1632 - 1704) defendeu que caberia ao Poder Legislativo a responsabilidade de elaborar Leis; ao Poder Executivo, aplicá-las; e ao Poder Federativo do Monarca, tratar das questões de ordem externa. Portanto, essa classificação se restringe essencialmente a dois Poderes: o Legislativo e o Executivo. A esse respeito, Norberto Bobbio (1998,

¹ No Brasil, a jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário. O termo deriva do latim *jurisdictio*, que significa “dizer o direito”. É, portanto, um poder que o Estado tem de aplicar o direito positivo a um caso concreto para a resolução de conflitos.

p. 231) afirma que habitualmente o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado, muitas vezes e erroneamente, o precursor da teoria dos Três Poderes, eles são apenas dois, pois os Poderes Executivo e Federativo se concentrariam na pessoa do Monarca.

Foi, porém, Montesquieu (1996) quem criou o modelo da tripartição dos Poderes, que se tornou mais aceito ao longo do tempo. Apesar de independentes, devem atuar de forma harmoniosa para preservar os interesses do principal elemento, o povo, que, com o território e a soberania caracteriza o Estado. Todos esses componentes, cristalizados como inalienáveis do discurso decisório, não são assim tão óbvios, pois, entre outros motivos também importantes, há a complexidade das relações nas sociedades humanas. As decisões judiciais envolvem situações que vão desde os problemas fundamentais da linguagem até os fatores que influenciam na produção, no significado e no resultado discursivo, resumidos no processo judicial.

Assim considerada, a atividade judicial se realiza por meio do processo que, por natureza, apresenta uma sequência interativa decorrente dos conflitos de interesses postos em julgamento. Os advogados falam em nome dos clientes, os promotores falam em nome do sistema acusatório, e os juízes falam em nome do Poder Público. Na atividade judicial, estabelece-se uma interação permeada por intencionalidades e, por fim, as questões são decididas em regra, em juízos de primeiro grau, por meio de sentenças, e nos tribunais, por meio de acórdãos.

Consequentemente, é pelo processo judicial que se objetiva estruturar o pensamento inscrito em documentos que permitam encontrar uma verdade sobre cada caso em análise. No entanto, conforme afirma Platão (2008), a doutrina de Protágoras assegura que não existe verdade em si, mas uma verdade em cada indivíduo e, num embate, o importante é aquilo que permite fazer valer e impor uma ideia, o que é possível concluir no sentido da frase: "Tal como cada coisa se apresenta para mim, assim ela é para mim, tal como ela se apresenta para você, assim ela é para você" (Platão, 2008, p. 32).

Essa constatação faz-nos questionar a validade da primazia do uso racional da linguagem no juízo decisório como instrumento de pacificação social. Se considerarmos que o vocábulo sentença vem do latim *sententia*,

derivado, por sua vez, do verbo *sentio*, que significa sentir, os julgamentos, como é próprio do ser humano, são carregados de sentimentos e emoções. Logo, podemos considerar a própria sentença como uma máxima ou uma frase que encerra um pensamento moral ou julgamento com base no sentir. Essa é a posição que adotamos nesta tese: a suposta imparcialidade é regulada pela verossimilhança e pelo poder de persuasão dos oradores.

No ideal de criar parâmetros para os julgamentos, as legislações, tanto a constitucional quanto as infraconstitucionais, normatizaram as presunções judiciais, seja em nível absoluto, sejam em nível relativo. As presunções absolutas deveriam ser sumariamente aplicadas, sem possibilidade de serem relativizadas nos julgamentos. Entretanto, antes de qualquer ato processual ou atitude técnico-formal do julgador na qualidade de Poder Estatal, além da procura de verossimilhança e a investigação do que se passa na realidade, estão os seres humanos interrelacionados, com idiossincrasias, formações sócio-históricas culturais, crenças e ideologias, inclusive políticas, que resultam em consequências jurídicas.

Outra reflexão se impõe, sobretudo para os estudiosos da Retórica: Isócrates (Lacerda, 2011) dizia que cabe ao homem não só conhecer a verdade, mas também aprender a conviver com a opinião. Desse modo, uma vez que o discurso, enquanto fenômeno dialético, apresenta argumentos que expressam as opiniões, com base em raciocínios compostos por juízos que, por sua vez, têm como fundamento os valores, as crenças e as ideologias implícitas na argumentatividade, os fundamentos decisórios podem ser recolhidos nos lugares retóricos. Por conseguinte, ainda que bem expressados os motivos, há, no ato de julgar, uma inevitável carga de presunção, pois, nas decisões judiciais, a verossimilhança das teses é construída pela argumentação, e não pelo que é em si.

Entre as presunções judiciais, a de inocência admite prova em contrário e é considerada relativa. De acordo com a Constituição Federal do Brasil de 1988, essa presunção persiste até o trânsito em julgado da sentença condenatória que somente a partir do momento em que não há mais a possibilidade de interposição de qualquer recurso. Portanto, enquanto houver recursos pendentes, não há trânsito em julgado e, de acordo com a Constituição Federal, persiste a presunção constitucional de inocência dos acusados de

praticar crimes. Ademais, o Código de Processo Penal Brasileiro regulamenta essa questão ao prever que os acusados podem ser presos ou em flagrante, ou por meio de decretos de prisão provisória ou preventiva ou ao final do processo com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Diante dessas normativas, aparentemente não haveria espaço para se pretender executar provisoriamente a pena criminal, uma vez que os recursos pendentes poderiam tanto absolver os acusados quanto anular os processos por algum vício neles existentes. Essa é uma questão controvertida que não tinha muita notoriedade e era decidida caso a caso, até que, no período compreendido entre 2009 e 2019, o Supremo Tribunal Federal passou a se posicionar mais efetivamente a respeito da execução antecipada da pena criminal.

A partir de 2009, com o julgamento do HC n.º 84.078 (Brasil, 2009) que foi relatado pelo ministro Eros Grau, prevaleceu no STF a tese de que a execução da pena criminal era vedada pela legislação e conflitava com o disposto na Constituição a respeito do princípio da presunção inocência. Entretanto, no ano de 2016 o STF mudou o posicionamento com o julgamento do HC n.º 126.292 (Brasil, 2016) que foi relatado pelo ministro Teori Zavasck. Nesse julgamento, prevaleceram os argumentos vencidos em 2009, e o Tribunal passou a permitir a execução provisória da pena Criminal.

Aquele posicionamento, porém, foi revisto no ano de 2019 no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 (Brasil, 2019) relatadas pelo Ministro Marco Aurélio. Naquelas ações foi declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que determina ser necessário o trânsito em julgado da condenação para a execução da pena. Dessa forma, o STF retomou o entendimento de que é contrária à Lei e à Constituição a execução provisória da pena criminal.

Como se pode perceber, na retórica jurídica, a subjetividade faz com que a mistura das palavras com as próprias finalidades discursivas confira um caráter individual aos argumentos construídos, com fim de adequá-los aos objetivos do retor. Portanto, com base na retórica, impõe-nos analisar e compreender a força argumentativa dessas mudanças de posicionamento do STF no período de uma década.

Essas alterações no posicionamento da maioria dos ministros do STF em curto período histórico suscita indagações, pois refletem a pressão do auditório no discurso jurídico. Esta tese demonstra por meio das análises realizadas que os julgadores expressam nas decisões os valores, as crenças e as ideologias, tanto as individuais, como as sociais que advém da opinião comum (*doxa*) e que se transformam em *endoxa* ao serem expressas nos discursos decisórios proferidos.

Em função dessas reflexões iniciais, estabelecemos como objetivo geral do presente estudo demonstrar que as crenças, valores, ideologias e opiniões pessoais – *doxa* - dos julgadores se expressam no discurso jurídico decisório.

Quanto aos objetivos específicos, estabelecemos os seguintes:

1 – Identificar os tipos de argumentos e os lugares retóricos empregados na argumentação para a fundamentação das decisões do STF encontrados no *corpus* de análise.

2 – Analisar e interpretar como o *ethos*, o *pathos* e o *logos* se apresentam e expressam no discurso as opiniões, crenças e valores nas decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

3 – Analisar e interpretar como os elementos da *doxa* - recolhidos no lugares comuns - se transformam em *endoxa* a partir de crenças e valores da sociedade.

Para responder à questão proposta, e cumprir os objetivos estabelecidos, selecionamos, como *corpus* de análise, os três votos vencedores nas decisões proferidas pelo STF nos anos de 2009, 2016 e 2019 a respeito da execução antecipada da pena criminal.

Trata-se, pois, de uma investigação na área de Língua Portuguesa, situada na linha de pesquisa “Texto e discurso nas modalidades oral e escrita”, com foco na argumentação jurídica e baseada na análise retórica, que contempla o estudo bibliográfico de estratégias linguístico-textuais empregadas na argumentação a partir da *doxa*, da *endoxa* e das crenças, bem como dos lugares retóricos e dos valores expressados na fundamentação das decisões dos ministros do STF a respeito da execução antecipada da pena criminal.

O referencial teórico utilizado abrange os estudos desenvolvidos por Aristóteles (2005), Ferreira (2010), Meyer (1993), Perelman (1996; 1998), Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019), Reboul (2004), Tringali (2013) e Van Dijk

(1999), a respeito da retórica, argumentação, lógica jurídica, e ideologia. Por meio da análise retórica e das categorias argumentativas, será possível identificar as opiniões que estruturam as decisões, especialmente no que diz respeito aos *topoi* ou lugares, à Lógica, a *doxa* e a *endoxa*, e à ideologia.

Com vistas a melhor organizar o percurso empreendido, esta tese divide-se em quatro seções. Contextualizamos o trabalho na introdução. No capítulo 1, apresentamos estudos sobre o Direito e a Retórica, com destaque para a argumentação, a questão e o raciocínio, a opinião, a *doxa* e *endoxa*, as crenças, os valores, as hierarquias e os lugares. No capítulo 2, focalizamos a interpretação do Direito sob a perspectiva retórica. Ademais, estudamos o auditório no discurso jurídico, o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, bem como as presunções judiciais e a presunção de inocência no Direito Penal. No capítulo 3, tratamos da execução antecipada da pena, dos valores e ideologia, do contexto no período estudado e do acórdão judicial, como tipo de discurso em análise. No capítulo 4, analisamos o *corpus* composto pelas decisões do STF a respeito da execução antecipada da pena entre os anos de 2009 e 2019. Na sequência, passamos à conclusão, seguida das referências e os anexos, que contêm as três decisões analisadas.

Estabelecidas as diretrizes que norteiam o presente trabalho, ocupamo-nos, a seguir, dos fundamentos teóricos dos quais nos valem para a sua realização.

1 DIREITO E RETÓRICA

1.1 Os conceitos que sustentam o Direito

Segundo o pensamento de Nietzsche (2008), o mundo de conceitos humanos se compara à construção de teias elaboradas sobre fundamentos instáveis a partir de criações individuais. Isso porque qualquer coisa que tenhamos como verdade — desde as categorias básicas de nossa orientação, até as mais complexas — surge como uma arbitrária abstração das diferenças individuais, como se cada conceito fosse tecido por mãos ineptas da sorte.

Nessa perspectiva, as verdades são criadas a partir de uma compreensão de mundo como algo próprio de quem a elabora. Uma vez estabelecidos os conceitos de forma antropomórfica, os seres humanos constroem suas certezas e convicções que, por sua vez, sustentam as relações pessoais. O mesmo ocorre com os conceitos de Direito e Justiça.

Quanto ao significado, o vocábulo “direito” está relacionado ao tempo, ao espaço, às relações sociais, e aos fatores de ordem pessoal, como a ideologia, a moralidade, a religião etc. O termo pode se referir à direção correta, à posição do corpo, ao caráter da pessoa, aos costumes, à ética, ao justo e ao que é correto. Também, pode se tratar de prerrogativa legal conferida a alguém, bem como ao privilégio de praticar determinado ato e à autorização legal para realizar alguma ação.

Na linguagem jurídica, o termo “direito” pode se constituir tanto no conjunto de normas que regem uma sociedade, quanto na faculdade de exigir um comportamento positivo ou negativo da pessoa perante o titular de alguma prerrogativa. Do mesmo modo, diz respeito à própria ciência jurídica, que se dedica a estudar as regras e os processos que regulamentam e regem as relações sociais, assim como aos vários ramos em que se divide o estudo e a aplicação das normas, tais como “Direito Processual”, “Direito Civil”, “Direito Constitucional”, “Direito Penal”, etc.

Assim, a referência a “direito” sempre deve considerar o uso ordinário da palavra, a partir do contexto e das propriedades que devem estar presentes quando se emprega o termo

1.2 A Retórica

Tal como o termo “Direito” suscita divergências e discussões, outro tema controvertido é a conceituação e o entendimento do que seja a “Retórica”. Conforme Tringali (2014, p. 13), quando se emprega o vocábulo, é necessário esclarecer a qual “Retórica” se alude, pois há em circulação várias disciplinas que assim se rotulam, e “todas se gabam de representar, com exclusividade a verdadeira Retórica” (Tringali, 2014, p. 13).

O referido autor esclarece os conceitos empregados a respeito das escolas da Retórica Antiga, da Retórica Clássica, da Retórica de Richards, da Retórica das Figuras, da Nova Retórica e da Retórica Semiótica, com a contraposição da Retórica Antiga às demais que se pretendem novas e modernas. Defende, ainda, que a Retórica Antiga pode ser considerada a Retórica Integral, por ser dotada de estrutura completa, enquanto as outras se apresentam como redutivas.

Todas essas “Retóricas” contribuíram para os estudos sobre a linguagem e o enriqueceram. Com relação à Retórica Semiótica, ao considerar a Retórica como linguagem, abriu um espaço dentro de seus domínios a fim de utilizar o modelo retórico para análise discursiva. Nesse sentido, a retoricidade é considerada a qualidade de qualquer texto ser persuasivo e dialético. Dessa forma, o modelo retórico não só constitui um instrumento válido de análise crítica do discurso dotado de retoricidade, mas também é capaz de ser “aplicável a qualquer texto dotado de retoricidade” (Tringali, 2014, p. 15).

Para Albaladejo (1991), a Retórica atualmente deve ser compreendida como uma arte e uma ciência. Em suas palavras:

La Retorica es a la vez un arte y una ciencia. Como arte o técnica consiste en la sistematización y explicitación del conjunto de instrucciones o reglas que permiten la construcción de una clase de discursos que son codificados para influir persuasivamente en el receptor*. Como ciencia, la Retorica se ocupa del estudio de dichos discursos en sus diferentes niveles internos y externos, en sus aspectos constructivos y en sus aspectos referenciales y comunicativos (Albaladejo, 1991, p. 11)².

² A retórica é uma arte e uma ciência. Como arte ou técnica consiste na sistematização e explicação do conjunto de instruções ou regras que permitem a construção de uma classe de discursos que são codificados para influenciar de forma persuasiva o receptor*. Como ciência, a Retórica trata do estudo desses discursos nos seus diferentes níveis internos e externos, nos seus aspectos construtivos e nos seus aspectos referenciais e comunicativos. (tradução livre)

De acordo com o autor, a Retórica tem uma estreita ligação com a Linguística na medida em que esta última contempla um amplo espaço que supera os limites estritamente gramaticais. Assim, a Retórica se beneficia das categorias elaboradas pela linguística, que permite completar em um marco teórico as próprias contribuições retóricas, especialmente para o surgimento da Linguística Textual, cuja relação é um dos fundamentos de uma autêntica Retórica geral. A esse respeito, pontua o teórico:

El nacimiento mismo de la Linguística textual no puede explicarse sin contar con una tradición de atención a las características de la unidad texto que tiene en una Retórica completa, es decir, con todos sus componentes, uno de sus más prestigiosos antecedentes (Albaladejo, 1991, p.14).³

Esclarece, ainda, que, no século XX ocorreu o renascimento de uma consciência retórica próxima daquela que levou os gregos a criarem a Retórica. Essa Nova Retórica, fortalecida pela Linguística, pela Filosofia, pela Ciência Jurídica e pela Literatura, recuperou a Retórica Antiga em todas as suas partes, o que possibilitou um alto grau de desenvolvimento dos estudos sobre o discurso.

Consolida-se, então, a noção de que “todo discurso é uma construção retórica” (Mosca, 2001), que procura conduzir o auditório numa direção determinada ao projetar um ponto de vista em busca de adesão. Revela-se presente, portanto, a função hermenêutica da retórica ao se evidenciar a qualidade interpretativa da realidade como uma das propriedades que, entre outras, faz com que o diálogo se estabeleça entre os interlocutores. A busca de adesão, por sua vez, conduz à negociação das distâncias, com o fim de obter um acordo (Reboul, 2004).

Ainda segundo Tringali (1988, p. 09), a Retórica por excelência é a Retórica Integral, denominada, por convenção, “Retórica Antiga”, nascida na Grécia e documentada por Aristóteles; e por Cícero e Quintiliano em Roma. A

³ O nascimento da Linguística textual não pode se explicar sem contar com uma tradição de atenção às características de unidade textual que tem em uma Retórica completa, é dizer, com todos os seus componentes, um dos seus antecedentes mais prestigiosos (tradução livre).

Retórica, portanto, é perene, uma vez que se caracteriza pelo discurso persuasivo, inseparável da vida em sociedade.

Sempre que se apresenta uma questão discutível, que não representa certezas, mas probabilidades sobre a qual é possível controverter por meio da linguagem, evidencia-se o discurso retórico, que é persuasivo e dialético, segundo Aristóteles (2005). Outrossim, se é provável, é dialético, pois pressupõe outro discurso em confronto em razão da existência de um discurso anterior que tanto pode ficar em aberto, ou ser contraposto por outro discurso posterior que o suceda como resposta.

Necessariamente, o discurso retórico é proferido por um orador perante um receptor, um público que é denominado “auditório”. Quanto à forma, esse discurso é verbal, pois, mesmo escrito, trata-se apenas da inserção em texto da forma original verbalizada, ainda que somente em raciocínios.

A persuasão ou convencimento como objetivo do discurso, por sua vez, significa conduzir alguém a aceitar, de forma pacífica, um ponto de vista emitido pelo orador. Assim, a Retórica é o oposto da violência, pois compete ao orador persuadir o auditório a aceitar, por meio do discurso, um ponto de vista contrário a outro.

Conforme leciona Tringali (2014, p. 50), Cícero denominava *Tria officia* os três os modos de persuadir, a saber:

- a) Convencer, do latim “*cum + vincere*”, tem o significado de vencer com a participação do próprio adversário. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p.30), o convencimento tem relação com o caráter racional da adesão. Entretanto, os autores ponderam que há de se levar em conta que os critérios de separação entre convicção e persuasão sempre se fundamentam em uma decisão pela qual se isolam certos elementos racionais de todo um contexto, de tal forma que se considera que as premissas existam independentemente do restante dos fatores e elementos contextuais. Dessa forma, entendem que o discurso persuasivo só vale para um auditório particular, e o convincente, para todo ser racional, assim considerados todos aqueles que, independentemente de crenças em um conjunto de fatos e verdades, aceitam os que são válidos para todo ser pensante, com submissão à prova dos fatos, ao juízo do aceitável. Contudo, admitem que o matiz

entre os termos convencer e persuadir sempre são imprecisos e devem ser apreciados em razão da natureza do auditório ao qual se submetem os argumentos, quanto ao caráter e ao alcance que lhes são atribuídos.

- b) Comover, do latim “*cum + movere*”, tem o significado de persuadir por meio da paixão, da afetividade, que faz emergir o desejo de aderir ao ponto de vista defendido pelo orador.
- c) Agradar, correspondente ao latino “*placere*” que significa agradar, e “*delectare*”, que significa encantar, deleitar. Essa qualidade do discurso retórico colabora para a persuasão por meio do que agrada ao gosto do auditório.

Segundo a classificação aristotélica, identificam-se três gêneros de discurso: o judicial, o deliberativo e o epidítico. Aristóteles (2005) pensava o discurso judicial como aquele a ser proferido nos tribunais, por meio do qual os oradores, tanto na acusação como na defesa, procuram levar o auditório a crer que os acontecimentos se deram conforme a versão que procuram demonstrar, com as consequências a eles atribuídas.

Quanto ao gênero deliberativo, refere-se ao tempo futuro, e o orador procura fazer crer que a direção por ele sugerida para o auditório seguir é a melhor. Refere-se aos debates nas assembleias e conselhos. Portanto, é mais apropriado à esfera política.

O gênero epidítico ou laudatório, por seu turno, é voltado para o presente e tem a função de louvar ou censurar. Pode se adequar a eventos, tais como os utilizados para conceder prêmios e honrarias, ou a orações fúnebres.

Ainda com relação ao discurso do gênero judicial, tanto pode ser utilizado pelos acusadores quanto pelos defensores com a finalidade de persuadir e convencer os julgadores. Do mesmo modo, é empregado por eles para fundamentar as decisões proferidas, tendo em vista o auditório universal ser composto por pessoas indeterminadas.

O discurso jurídico decisório, portanto, apresenta-se no processo com autoridade emanada do Estado, com a capacidade de modificar a situação jurídica daqueles aos quais se dirige, como resultado da solução de controvérsia levada a julgamento pelas partes (Bittar, 2001). Dessa forma, sua natureza é essencialmente retórica, pois a discussão estabelecida entre as partes é

fomentada pelas questões que devem ser resolvidas por meio das respostas aos conflitos estabelecidos.

Visto que a estrutura dinâmica da norma jurídica tem como finalidade responder adequadamente aos fenômenos sociais, a comunicação do Direito se estabelece por meio dos elementos da realidade revelada na atividade interpretativa das normas comunicadas por meio do discurso jurídico decisório. Com efeito, é por meio dos discursos da acusação e da defesa que as partes estabelecem as questões a serem decididas, e, mediante as argumentações formuladas, objetivam persuadir ou convencer o julgador. Este último, por sua vez, profere e fundamenta as decisões com o emprego da linguagem de forma literal ou figurada. Esse juízo de valor provém das inferências e conclusões decorrentes de tudo o quanto foi produzido no processo.

Além dos discursos das partes, o discurso jurídico decisório considera outros da esfera jurídica, tais como: o discurso normativo, assim compreendido o que consta em disposições legais e normas próprias dos tribunais; e o discurso burocrático, que se expressa nos despachos e manifestações que promovem o andamento dos processos. Outros elementos ainda são produzidos nos autos dos processos, como as provas extrínsecas, isto é, as que não integram o discurso jurídico propriamente dito. Dentre elas, constam os documentos juntados, os depoimentos colhidos, os laudos periciais etc., que igualmente fundamentam o discurso decisório.

Os julgadores, por sua vez, ao proferir os discursos decisórios, valem-se do princípio da persuasão racional do juiz e do princípio do livre convencimento, segundo os quais, além da valoração das provas e das normas previstas no sistema legal (persuasão racional), o julgamento pode considerar as regras de experiência e ser proferido *secundum conscientia* (livre convencimento). Considerando-se essas possibilidades, os discursos produzidos nos processos judiciais trazem todas as dimensões da relação retórica, quais sejam, o orador, o auditório e o meio pelo qual interagem na comunicação que é a linguagem.

Meyer esclarece que a Retórica, para Platão, é manipulação do auditório; para Quintiliano, é a arte do bem falar (*ars bene dicendi*) e, para Aristóteles, é a exposição de argumento ou de discursos que visam persuadir. O autor defende que não é possível privilegiar uma das três dimensões da Retórica, pois "ao longo de toda a história vê-se que a primeira das concepções privilegia o papel

do auditório; a segunda, a importância do orador, e a terceira, o peso das proposições e da linguagem que as veicula” (Meyer, 1993, p. 21/22).

Com razão, para Aristóteles (2005), o *logos* é que faz a diferença entre o discurso racional e o que provoca as paixões para fazer emergir as emoções. Isso porque, embora o *pathos* faça com que a razão seja esquecida, o discurso adequado para persuadir um auditório deve estar integrado à força do verbo, subordinado, portanto, às regras próprias do *logos*, de forma a persuadir pela força dos argumentos, além de agradar pela beleza do estilo ou comover pelas paixões. De modo inverso, Platão defende que o *pathos*, na verdade, comanda tanto o jogo da linguagem quanto a postura do orador, enquanto a razão seria estranha à Retórica, uma vez que estaria abrangida pela competência exclusiva da filosofia.

Ainda para Meyer (1993), o *ethos* seria fruto de uma abordagem tipicamente romana e restrito à virtude do orador. Já o bem dizer englobaria as outras duas dimensões, ou seja, o *logos* e o *pathos*, ainda que para subordiná-las ao *ethos*.

A partir da constatação de que o *ethos*, o *pathos* e o *logos* devem ser postos em pé de igualdade na produção discursiva para que não se excluam todas as dimensões constitutivas, não há como deixar de contemplar todas as concepções sobre Retórica, uma vez que não é possível reduzi-la a uma ou a outra dimensão. Assim, Meyer elabora o conceito de que “a retórica é a negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada” (1993, p. 25). Essa diferença é múltipla e pode ser de ordem social, política, ética, ideológica, intelectual etc. A questão, por sua vez, é que concretiza a distância, sendo, portanto, o ponto central das negociações.

Constatamos que o discurso jurídico decisório contempla todas as dimensões mencionadas e se constitui na própria Retórica Integral, pois, ainda que se revele como um discurso de poder, impositivo, proferido sob o manto estatal, a decisão judicial traz, em seu bojo, o ideal de negociação das diferenças entre os indivíduos sobre as questões trazidas para julgamento. Apresenta-se, então, como decisão de um terceiro que busca a pacificação das relações entre as partes, bem como por se dirigir a um auditório geral e universal, tal qual paradigma a ser seguido.

Portanto, a análise retórica aplicada à esfera jurídica, especialmente no que se refere à argumentação, justifica-se por ser o discurso o principal instrumento de fundamentação das decisões judiciais. Ademais, por se tratar de discurso do gênero judicial, traz em seu bojo todos os elementos constitutivos da Retórica e se expressa por meio da argumentação voltada para a persuasão e o convencimento do auditório.

1.3 Retórica e argumentação

Como já dito, Aristóteles (2005) distinguia três gêneros retóricos a depender do auditório: o judicial, o deliberativo e o epidítico. O discurso jurídico decisório compõe o gênero judicial, pois, ainda que se dirija tanto às partes quanto a um auditório universal, trata e julga não só fatos passados, trazidos a debates e que compõem a questão, como também mais questões formuladas pelos oradores que as defenderão com o uso de argumentos orientados pelos valores, crenças e opiniões subjacentes à formação social e cultural e aos interesses de cada um deles. Nas palavras de Ferreira (2010, p. 12):

Por termos crenças, valores e opiniões, valemo-nos da palavra como um instrumento revelador de nossas impressões sobre o mundo, de nossos sentimentos, convicções, dúvidas, paixões e aspirações. Pela palavra, tentamos influenciar as pessoas, orientar-lhes o pensamento, excitar ou acalmar as emoções para, enfim, guiar suas ações, casar interesses e estabelecer acordos que nos permitam conviver em harmonia.

Constata-se que a influência exercida pelo discurso no meio social é inegável, visto que, na interação comunicacional, se constroem os sentidos da vida em sociedade. Isso porque o discurso proferido por um dos interlocutores é interpretado pelos outros que lhe dão sentidos e, a partir deles, outros são formulados, com a instituição e consolidação de crenças e opiniões. Desse modo, para obter a adesão do interlocutor, é necessário que o orador justifique os seus posicionamentos de forma aceitável com o objetivo de levar o outro a aceitar a realidade exposta.

Logo, a adesão a um posicionamento sempre é resultado de reflexões a partir de conceitos expressos nas várias opiniões que vicejam nos grupos sociais ou de posições individuais a respeito das questões relevantes em

determinado tempo e lugar. Conseqüentemente, para que as opiniões obtenham a adesão, é necessário o conhecimento ou a persuasão do outro por meio de uma articulação discursiva competente, uma vez que as noções de “verdade”, ou “certeza” não seguem uma lógica formal, tampouco obedecem a fatores naturais, mas são construídas a partir de “uma série de fatores ligados às múltiplas relações que os homens mantêm entre si” (Ferreira, 2010, p. 14).

A esse respeito, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 16) ensinam:

Para que haja argumentação, é mister que, num dado momento, realize-se uma comunidade efetiva dos espíritos. É mister que se esteja de acordo, antes de mais nada e em princípio, sobre a formação dessa comunidade intelectual e, depois, sobre o fato de se debater uma questão determinada.

Portanto, para que haja deliberação a partir de argumentos que fundamentem uma causa, é necessário estabelecer questões que resultem em problemas a serem resolvidos e haver divisão entre, pelo menos, dois posicionamentos distintos. Com efeito, mesmo que se trate de uma deliberação íntima, a pessoa tem de decidir o seu posicionamento, de forma que “encontraremos transpostos para a deliberação consigo mesmo, a maioria dos problemas relativos às condições prévias para a discussão com outrem” (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2019, p. 17).

Entre as condições para a argumentação, são necessários a existência de uma linguagem em comum, o interesse pela adesão e a participação mental do interlocutor. Ainda que seja um discurso de poder, especialmente de quem tem a prerrogativa de decidir — como é o caso dos juízes, desembargadores, e ministros dos Tribunais Superiores, como membros de uma sociedade que preza pela igualdade formal entre as pessoas —, o orador precisa persuadir ou convencer os demais participantes da relação discursiva, sejam os integrantes de um tribunal, sejam os membros de uma sociedade, de modo que o orador deve pensar nos argumentos que podem influenciar o auditório.

A distinção entre persuasão e convencimento foi estudada por Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 31) diante da constatação de que a multiplicidade e variedade de auditórios é quase infinita, além de ser praticamente impossível ao orador adaptar-se às particularidades de cada um em um discurso. Defendem, assim, que é interessante uma técnica argumentativa que se imporia

a todos os auditórios indiferentemente ou, pelo menos, a todos os auditórios compostos por pessoas competentes ou racionais.

Com base nessa discussão, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019) retomam o debate entre os partidários da verdade e os da opinião, e formulam a distinção entre persuadir e convencer. Segundo os autores, persuadir é mais do que convencer para quem se preocupa com o resultado, uma vez que a convicção é apenas a primeira fase que leva à ação. Já para quem se preocupa com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. Além disso, o caráter racional da adesão ora depende dos meios utilizados, ora das faculdades daqueles a quem o orador se dirige.

Entretanto, tal distinção não é muito clara, na medida em que não há convencimento independente de persuasão, haja vista que o orador deve persuadir o interlocutor de que a sua convicção é racional, desvinculada dos seus sentimentos, de suas ideologias e crenças, enfim, de suas opiniões. Contudo, essa distinção é válida na medida em que convencer vai além da persuasão, pois, independentemente da constatação de que todo discurso é ideológico — e, portanto, fundado em crenças e opiniões — há, de fato, condições nas quais o interlocutor deve optar por uma tese a partir daquilo que entende ser mais racional, mais adequado ao que considera ser verdadeiro. Até por isso os autores reconhecem que o uso das duas noções geralmente leva em conta um matiz apreensível, especialmente a ideia da encarnação da razão.

Entendemos que no, discurso jurídico, o objetivo principal é obter a convicção racional do auditório, porém não há como separar o convencimento da persuasão. Por conseguinte, os elementos intrínsecos de uma decisão serão capazes de fornecer argumentos para sustentar a tese admitida como preferível pelo julgador.

1.4 A questão e o raciocínio

Estabelecidas as questões propostas pelas partes em um processo judicial, é necessário que o Poder Judiciário profira as decisões que reconheçam a existência ou inexistência dos fatos e se eles são decorrentes de alguma conduta considerada legalmente criminosa. Decide-se, ainda, se as pessoas acusadas praticaram os fatos ou contribuíram de forma relevante para

sua ocorrência. Ademais, outras questões são apreciadas, por exemplo, qual norma se aplica aos fatos, qual o alcance das normas em relação a determinados fatos ou ainda em qual foro onde o fato deve ser julgado, além de outras questões de direito material e processual, previstas em lei.

Portanto, uma vez definidas as questões de fato e de direito a serem decididas, os julgadores necessitam avaliar e valorar as provas, bem como interpretar o sentido das normas para, ao fim, proferir as decisões a respeito do que se discute nos processos judiciais. Nessa espécie discursiva, elaboram-se teses argumentativas e dialéticas, mediante as quais as partes objetivam convencer os julgadores de que estão com a razão. Efetivamente, o discurso é objeto material da Retórica, a Dialética é a discussão para argumentar a favor ou contra ideias e opiniões, e o raciocínio, ainda que seja coerente e coordenado, funda-se em ideias prováveis, e, portanto, pode ser refutado.

No entanto, o conceito de Dialética varia conforme o tempo, o lugar e os filósofos. Por esse motivo, Platão, Aristóteles, Kant, Hegel, Marx e Engels, cada um deles conceitua “dialético” da forma que entende ser a mais apropriada. De todo modo, é certo que tudo que é discutível é dialético, e, segundo Aristóteles, a Dialética é uma parte da Lógica, e esta última é um instrumento da Filosofia.

Aristóteles (2005) considera Zenão de Eleia o fundador da Dialética, a arte de discutir mediante a formulação de perguntas e a busca de respostas às indagações, conforme se vê na obra *Parménides*, de Platão, Zenão apresenta argumentos semelhantes às provas jurídicas (*tekmerion*), por meio das quais pretende demonstrar a verdade de forma segura e irrefutável. Da mesma forma, na argumentação contrária, mostra o que é contraditório para refutá-la e considerá-la errônea (Silva, 2016).

O filósofo esclarece, ainda, que a Dialética é parte da Lógica, e esta última é um instrumento da Filosofia que, a seu turno, essencialmente estuda os atos da razão. Um dos objetivos da dialética é argumentar a favor ou contra uma opinião, com base em três operações fundamentais: a simples apreensão, o juízo e o raciocínio composto por juízos fundamentados em ideias expressas por meio de palavras. Elaborada a questão, a partir dela, organiza-se o raciocínio, que pode ser indutivo ou dedutivo, formulado pelo uso de silogismos. Dessa forma, refere-se à linguagem predicativa ou propositiva, por meio da qual

o orador predica uma característica a um sujeito, a uma coisa ou a algum fato e, com isso, propõe uma configuração da realidade.

Aristóteles (2007) especifica, nos *Tópicos*, o que é um raciocínio dedutivo, cuja base são premissas que não são necessariamente verdadeiras, mas verossímeis. Assim, as conclusões delas resultantes não têm as validades das premissas verdadeiras, pois o silogismo dialético se baseia em premissas aceitáveis.

Cícero, no *De Oratore* (Gonçalves, 2017), esclarece que a Dialética se subdivide em duas disciplinas: a Dialógica e a Retórica. A primeira aborda o diálogo socrático (*disputatio*) e ocorre por meio da conversação entre interlocutores. Já a segunda trata do discurso oratório (*oratio*), por meio do qual é travada uma disputa fundamentada em discursos retóricos e em vista de um auditório.

Entretanto, conforme adverte Tringali (2014), nem todo diálogo é dialético, pois essa característica se aplica apenas quando os debatedores defendem pontos de vista diferentes. Além disso, pode ocorrer a mistura da Dialógica e da Retórica quando, num discurso, são introduzidos momentos de diálogo entre o orador e o auditório ou quando, em um debate, as falas se alongam muito. Diante disso, é importante deixar claro que a Retórica é uma disciplina dialética.

Preceitua Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019) que, na lógica aplicada à argumentação, o orador, na condição de construtor de sistemas axiomáticos, torna as expressões coercivas. Por isso, ele tem a liberdade de elaborar e usar, como lhe aprouver, a linguagem artificial do sistema argumentativo que constrói, bem como de determinar como quiser os signos e combinações de signos que poderá utilizar. Do mesmo modo, decide as expressões sem provar quais pretende validar em seu sistema, de forma que a origem do axioma ou das regras de dedução não se confunde com a lógica formal.

Assim, basta ao orador indicar os procedimentos pelos quais se obtém a demonstração de uma proposição cujos elementos podem ser fornecidos porque construiu o sistema axiomático, dentro do qual se efetua a demonstração. Nesse sentido:

De onde vêm esses elementos, sejam eles verdades impessoais, pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados peculiares ao autor, eis questões que o lógico formalista considera alheias à sua disciplina. Mas, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2019, p. 18)

Para Aristóteles (2005), o raciocínio analítico ou apodítico se baseia em conhecimentos evidentes, certos e verdadeiros. Esse tipo de conhecimento independe de conteúdo e se caracteriza pela correção e validade, uma vez que decorre automaticamente das premissas. Portanto, há uma relação entre o antecedente e o conseqüente, pois a verdade e a certeza se obtêm mediante a evidência, por exemplo, a água é composta por hidrogênio mais oxigênio, sem necessidade de argumentação. Conforme menciona Tringali (2014, p. 37), “a Retórica começa onde termina a Analítica. Se não se questiona e opina, não há Retórica” Adverte o autor que, mesmo quando uma prova isoladamente é verdadeira, no conjunto da argumentação, ela é dialética (Tringali, 2014, p. 18), e a Retórica está situada dentro da Dialética. Diferentemente do conhecimento científico, que procura demonstrar a verdade por meio da evidência, a Dialética busca o que é mais aceitável, mais razoável.

O que é científico se impõe, não necessita do acordo, enquanto o que é dialético depende da adesão do interlocutor, o que se obtém com a argumentação a favor ou contra a questão proposta. Por isso, a Retórica e a Dialética têm a capacidade tanto de provar uma tese quanto o seu contrário, ainda que não sejam equivalentes. Ambas ostentam o atributo da universalidade, por não serem ciências e possibilitarem a discussão de tudo quanto é controverso, além de poderem ser ensinadas metodicamente. Por isso são técnicas, uma vez que têm capacidade de distinguir entre o verdadeiro e o aparente, e utilizam tipos idênticos de argumentação: indução e dedução (Reboul, 2004, p. 35).

Logo, o discurso jurídico é dialético porque é composto por argumentos a favor ou contra uma questão que, por regra, não se baseia em conhecimentos evidentes, verdadeiros e certos. Isso porque os juízos não se impõem de modo irrefutável, mas, quase sempre, são frutos das interpretações das partes e dos julgadores, elaborados com base nas crenças e opiniões pessoais do orador.

Ainda mais, a função dos argumentos é atingir a persuasão ou o convencimento a partir de pressupostos próprios do auditório, e essa é a função da Retórica.

1.5 A opinião

A respeito da opinião, Aristóteles (2007) observa que alguns assuntos referentes ao ser humano, mesmo que sejam de grande importância, não admitem juízos de verdade ou falsidade. Segundo esclarece o filósofo, a verdade e a falsidade constituem critério ontológico e consistem em questão a ser desvendada pela Filosofia e pela Ciência. Entretanto, quando se torna impossível aplicar esse critério, convém atentar para o campo da opinião-*doxa*, do que é verossímil, provável. Assim, adentra-se o campo da Retórica.

Para caracterizar o que é opinião, Tringali (2014, p. 41) traça distinções entre ignorância, dúvida, certeza e opinião. Trata-se, pois, de estados da mente relacionados com a verdade. Por um lado, a ignorância equivale à escuridão; por outro, a dúvida corresponde à obscuridade e confusão. enquanto a certeza constitui o que é claro e distinto. A opinião, por sua vez, equipara-se ao claro-escuro

Assim, enquanto, na ignorância, as trevas escondem a verdade, a certeza é a luz que tudo ilumina. Na dúvida, há uma hesitação entre os dois lados ou nenhum dos dois. Nessa hipótese, a dúvida ocorre quando a mente não se decide a favor de um dos lados da questão. Já a opinião se expressa quando a mente, mesmo diante da dúvida, opta por um dos lados que considera mais aceitável, ainda que receie que o outro lado possa ser melhor. Dessa forma, mesmo sem a garantia de verdade e certeza, a mente decide por meio de um juízo de valor, e não de realidade.

Conseqüentemente, ao opinar, a pessoa expressa o pensamento que tem sobre algo, bem como a forma que cada um interpreta determinado assunto. Assim, é por meio da opinião que se manifestam os pontos de vista que representam o estado de espírito e atitudes perante o que foi analisado.

1.6 *Doxa e endoxa*

O gosto pelos debates e embates de opiniões é conhecido desde os tempos imemoriais, especialmente em Atenas, na Grécia antiga. Conforme Platão (1973), Sócrates entendia que:

Um discurso que a alma mantém consigo mesma, acerca do que ela quer examinar. Como ignorante é que te dou essa explicação; mas é assim que imagino a alma no ato de pensar: formula uma espécie de diálogo para si mesma com perguntas e respostas, ora para afirmar ora para negar.

Quando emite algum julgamento, seja avançando devagar seja um pouco mais depressa, e nele se fixa sem vacilações: 'eis o que denominamos opinião. Digo, pois, que formar opinião é discursar (Platão, 1973, 190a, p. 85).

Platão (2020) entendia a *doxa* como simples opinião, formulada a partir de um juízo subjetivo, fundamentado, por sua vez, em julgamentos e sentimentos com valor breve, uma vez que estariam sujeitos à falsidade das crenças nas quais se baseavam. Em contraposição à *doxa*, a *episteme* era considerada uma *techne*, entendida como um tipo de saber, um conhecimento especializado para fazer alguma coisa de forma precisa.

Para Aristóteles (2007, I, 100 b21-23), as opiniões se expressam com base em premissas e proposições formuladas a partir das “opiniões geralmente aceitas” — *endoxa*. Elas são consideradas especiais porque se fundamentam em um sistema de crenças expressas, admitidas por um grande número de pessoas, pelos sábios⁴ ou por aqueles que são mais notáveis e eminentes⁵.

Dessa maneira, a veracidade da argumentação se baseia nas opiniões comuns à maioria. Dessa forma, o plausível — *endoxon* — passa a ser identificado com o provável — *eikos*. Este último é reconhecido como verdadeiro pela maioria das pessoas ou pelos mais sábios (Aristóteles, 2007, I 10, 104 a8). Portanto, para o estagirita, a partir do cálculo das probabilidades, é possível aferir quais opiniões são *endoxa* ou o contrário — *adoxon* (Aristóteles, 2007, I 10, 100 b23-101 14).

Nesse passo, as opiniões dos especialistas são *endoxa*, bem como o são as opiniões compartilhadas por uma maioria em determinado tempo e lugar,

⁴ Σοφοί. “homens sábios”. (tradução livre)

⁵ Ἐνδοξοί “endoxoi”. (Tradução livre)

ainda que se revelem não serem verdadeiras. Entretanto, desde que seja uma opinião expressa por especialistas ou por uma maioria, torna-se uma premissa *endoxa*.

Aristóteles (2007) diferencia os *endoxa* autênticos dos aparentes. Os primeiros são os verdadeiros, formados a partir dos silogismos dialéticos; já os aparentes resultam de silogismos erísticos ou sofísticos. Esclarece, ainda, que tanto a Dialética quanto a Retórica não correspondem a nenhuma ciência particular, pois ambas tratam de questões ligadas ao conhecimento comum.

Para melhor esclarecer o tema, o estagirita formula o conceito de entimema e do paradigma. Por um lado, o entimema é a “forma dedutiva de argumentação retórica” (2005, 1354a. p. 89) e constitui o silogismo retórico; por outro lado, o paradigma é a forma indutiva. Os entimemas, como argumentações persuasivas, fundamentam-se naquilo que aparenta ser verdadeiro; na maioria das vezes, são, portanto, verossímeis.

Assim, as opiniões das pessoas se expressam com base na formação adquirida, que consolida as crenças individuais e coletivas a que cada um está sujeito. Essas convicções se propagam e fortalecem os sistemas de crenças, constituindo-se em um processo que se retroalimenta a partir da atividade discursiva, o que torna necessária uma melhor compreensão a respeito dessa questão.

1.7 As crenças

As crenças podem influenciar a aceitação do que seja verdadeiro ou falso, especialmente no que se refere às tidas como importantes para o grupo em que circulam. Têm a capacidade de fundamentar as bases de argumentos específicos a favor ou contra uma ou outra ideia que influem na compreensão particular do mundo em geral. Ademais, servem de propósitos aos interesses materiais e simbólicos do grupo, entre os quais se destaca o poder sobre outros grupos, de forma a atuar tanto em nível macro quanto em nível micro, nas práticas sociais da vida cotidiana.

É senso comum que as crenças são subjetivas, e, portanto, sujeitas ao erro, quando infundadas ou desviadas, enquanto o conhecimento seria produto do que é considerado verdadeiro. Contudo, o conhecimento também é um

produto da mente e pode ser entendido como uma categoria específica de crença, resultante da opinião particular de cada um, a não ser que haja comprovação científica. Evidentemente, tais critérios são variáveis, a depender do contexto social, cultural e histórico, pois não se limitam ao que existe, ao que é verdadeiro ou falso, e correspondem a avaliações sobre o que as pessoas e grupos entendem como verdadeiro ou falso, agradável ou desagradável, a partir dos juízos de valor.

A respeito das crenças, van Dijk (1999) esclarece que há um limite inferior e um limite superior, de tal forma que uma religião poderia ser descrita como uma crença, embora, nesse caso, fosse melhor falar em um “sistema de crenças”, composto por uma série de crenças básicas. Estas últimas resultariam do pensamento — que, a seu turno, não pode ser dividido em mais de uma crença — e podem ser descritas por meio de uma proposição consistente em um predicado e argumentos modificados por um número de modalidade (n-lugares e n-argumentos). Além disso, como qualquer pensamento, podem ser verdadeiras ou falsas, sujeitas à discordância por qualquer pessoa, uma vez que se trata de projeções criadas pela consciência de cada um.

Elas também podem ser descritas informalmente, com a linguagem natural, mesmo que expressem posições complexas. Assim, as crenças básicas não resumem crenças mais específicas e se restringem a eventos comuns, normalmente associados ao nível inicial de formação de crenças e sujeitos à observação direta em contextos específicos.

As crenças básicas, portanto, formam as descrições discursivas que, a depender do contexto, do gênero e de outras restrições diversas, podem ser consideradas de nível detalhado específico e incluídas em crenças consideradas de maior nível. Portanto, constituem proposições tais como uma rede ou são combinadas de maneira a formar outras crenças ou conglomerados complexos de crenças. Além do mais, consolidam-se como construtos mentais baseados na realidade social e cultural.

A partir desses conceitos, as crenças se relacionam aos objetos, às propriedades, aos fatos, às ações e situações do mundo externo ao sujeito, que pressupõem uma projeção socioculturalmente controlada. Desse modo, a consideração a respeito da falsidade ou verdade das crenças depende de se aquilatar se correspondem ou não às regras de projeção, segundo critérios de

verdade aceitos pela cultura, no lugar e no momento em que são expressas. Ademais, a associação das representações sociais com a intersubjetividade da cultura e da sociedade esclarece as crenças fictícias ou abstratas, as falácias, as expectativas, as esperanças, as ilusões, enfim, a compreensão de mundo (van Dijk, 1999, p. 43).

O discurso não expressa somente crenças, mas também formas de ação e interação, propriedades que influenciam a estrutura das orações, de forma que algumas proposições as exprimem, mas não as constituem em si mesmas. As expressões discursivas podem indicar a existência de um complexo que constitui um conjunto de crenças nas mentes das pessoas.

Para melhor compreensão, faz-se a distinção entre as crenças particulares e as sociais. As primeiras são próprias de um contexto individual, ao passo que as segundas são desligadas desse contexto. Entretanto, as particulares podem ser compartilhadas e constituir as ideologias.

Logo, constatamos que esses fenômenos fazem parte de sistemas ideológicos em sentido amplo, bem como que as crenças sociais são compartilhadas e se relacionam a estruturas sociais. Todavia, por estudarmos a linguagem, circunscrevemos o conceito de ideologia à expressão discursiva como crenças e sistema de crenças.

Para que possamos elaborar a análise retórica a respeito da expressão das crenças e ideologias no discurso, é necessário investigar os significados da enunciação. Eles resultam da seleção que o orador faz a partir de modelos mentais sobre acontecimentos que incluem opiniões cuja base pode ser ideológica. Por isso, na elaboração do discurso, a partir dos modelos mentais, é necessário analisar como as palavras utilizadas em um discurso e o contexto específico implicam um conjunto amplo de significação ideológica. Como método prático, o emprego de uma palavra por outra mostra imediatamente a diferença semântica e os efeitos ideológicos da situação que expressa.

A variação de elementos lexicais ou seja, o estilo do léxico, representa um meio importante de expressão ideológica, uma vez que a escolha das diferentes palavras a serem empregadas no discurso depende dos fatores contextuais, por exemplo, idade, gênero, raça, classe, *status*, poder e o próprio gênero discursivo. Evidentemente, a escolha das palavras e a seleção lexical, com frequência, são controladas pelas opiniões ideológicas reais, o que resulta

no estilo próprio delas derivado. É o caso do debate atual sobre o “politicamente correto”, que resulta no estilo lexical baseado na ideologia e mostra tanto o posicionamento das pessoas quanto as relações entre os grupos dominantes e dominados.

Outro aspecto importante para a projeção da ideologia em um discurso são as proposições, pois as estruturas semânticas resultam dos modelos de estruturas. As representações, por sua vez, têm a função de demonstrar como são apresentados e avaliados os fatos e ainda podem revelar como estão ideologicamente controladas, conforme o posicionamento ideológico individual, o grupo ao qual pertence, a posição que ocupa ou de qual perspectiva se pronuncia o orador.

Outra propriedade importante são as relações proposicionais como a implicação semântica, isto é, a significação que determina a realidade com características positivas ou negativas, de forma explícita, implícita ou pressuposta. Isso porque a função ideológica de ocultar os fatos e as condições sociais ou políticas pode ser manipulada semanticamente por meio de sentidos implícitos que o orador impõe ao discurso, o que pode ser aquilatado por meio de inferências. Da mesma forma, os atos ou fatos podem ser descritos com mais ou menos detalhes, com um maior ou menor nível de abstração, o que pode trazer a lume o posicionamento ideológico no discurso. Assim, a semântica é um campo fecundo para a expressão ideológica do discurso, pois todas as estruturas significantes podem esclarecer os posicionamentos sociais, as perspectivas e os interesses de grupos por meio da descrição de fatos, de ocorrências ou mesmo das ideias do orador.

Quanto às estruturas esquemáticas — ou seja, a forma como é apresentado o discurso, como se descrevem os fatos e como se enfatiza uma conclusão —, elas dependem de como se interpretam os acontecimentos e, portanto, das posições ideologicamente variáveis. Isso ocorre mesmo que se trate de um tipo ou gênero discursivo cuja forma obedeça a modelos previamente estabelecidos, como é o caso do discurso jurídico decisório.

Com efeito, as figuras de estilo se revelam em todos os níveis do discurso e se apresentam como repetição, supressão, substituição, paralelismo, metáforas etc. Elas são empregadas como meios para enfatizar os significados em razão das opiniões ideológicas, a fim de destacar o caráter negativo daquilo

a que o orador se opõe ou fazer comparações com o objetivo de atenuar a negatividade de algo. Ademais, é possível, por exemplo, empregar a ironia para desafiar os modelos negativos dos oponentes e, assim, utilizar, de forma competente, a comunicação persuasiva dos modelos sociais preferidos, de forma que o emprego das figuras se constitui em elemento importante na manipulação ideológica do discurso jurídico decisório.

A implicação e a pressuposição são conhecidas relações semânticas involucradas. Um passo intermediário entre presença e ausência de informação se dá quando não estão expressas como tais no discurso, mas implicadas por outras proposições expressas.

Quando a informação implícita deve ser conhecida para que as proposições sejam verdadeiras ou falsas, ela é chamada de pressuposição e pode ter as mesmas funções ideológicas. Outra forma de os oradores se expressarem explicitamente ou de assinalarem sutilmente suas opiniões ideológicas sobre acontecimentos, pessoas e participantes é o estilo lexical e gramatical. As orações podem se expressar na forma ativa ou passiva e, ainda, mediante a inserção de qualidades positivas da posição defendida ou de qualidades negativas das posições às quais se é contrário.

Portanto, no discurso jurídico decisório, a reprodução das crenças e ideologias tem como função o controle social por meio da validação social e das crenças que constituem modelos mentais. Além do mais, tem uma função especial de reprodução das ideologias, baseadas na linguagem como instrumento. Efetivamente, por meio do discurso, ainda que de forma implícita, busca-se persuadir com o fim de validar as crenças individuais e sociais de quem decide as questões postas para julgamento, que influenciam os modelos mentais e sociais em determinado contexto.

Contudo, no discurso jurídico decisório, é necessário seguir os regramentos legais, tanto no que se refere ao processo quanto às normas de conduta impostas pelo Estado. Por conseguinte, é necessário interpretar o Direito conforme a previsão legal para que os juízos sejam validados. Não obstante a normatização de regência, a expressão das decisões judiciais revela os valores e hierarquias subjacentes.

1.8 Os valores e as hierarquias

No discurso jurídico as questões propostas para debate, por regra, têm origem em fatos, considerados os acontecimentos no tempo e no espaço. Conforme asseveram Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 83), admitem-se fatos de observação e fatos supostos, fatos convencionais, fatos possíveis ou prováveis. Além deles, há as presunções, os valores, as hierarquias e os lugares do preferível. Acerca desses elementos é que se busca a adesão dos auditórios.

Um valor é a crença na influência de um objeto, um ser ou um ideal sobre a ação humana e define as preferências e as escolhas no sentido do que uma pessoa acredita ser o certo e o errado. Mais especificamente, “os valores intervêm, num dado momento, em todas as argumentações” (Perelman e Olbrechts-Tyteca 2019, p. 85), pois recorre-se a eles para motivar o interlocutor a escolher uma coisa em vez de outra, bem como para justificá-las.

Os autores lecionam que há valores abstratos e concretos. “O valor concreto é o que se vincula a um ente vivo, a um grupo determinado, a um objeto particular, quando os examinamos em sua unicidade” (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2019, p. 87), por exemplo: O Brasil ou a Igreja. Embora os teóricos não o conceituem, o valor abstrato, por consequência, vincula-se a um ente inanimado, a um grupo indeterminado, a um objeto genérico, por exemplo: a justiça, a verdade. A argumentação, conforme o caso, baseia-se em valores concretos ou abstratos.

Além deles, a argumentação se baseia nas hierarquias. Evidentemente, essas hierarquias se justificam em razão dos valores buscados quando for necessário justificá-las. Segundo Perelman e Olbrechts Tyteca (2019, p. 90), há hierarquias concretas, tais como a superioridade do homem sobre os animais, e abstratas, por exemplo, o justo sobre o injusto. Ademais, admite-se a existência de hierarquias com vários termos, tal qual a superioridade de A sobre B, de B sobre C etc.

Ainda de acordo com os autores, do ponto de vista da estrutura da argumentação, as hierarquias são mais importantes do que os próprios valores, pois a maior parte deles é comum a vários auditórios. Aliás, o que caracteriza esses últimos é menos os valores que cada um admite e, mais a forma como os hierarquiza.

Portanto, é necessário considerar a intensidade da adesão a cada valor para determinar a hierarquia existente entre eles. Além de os valores terem intensidade diferente e serem independentes, por regra, muitas vezes, são admitidos princípios que permitem hierarquizá-los. Do mesmo modo, há que se considerar a multiplicidade de questões e de diferentes contextos para que se possa apreciar detalhadamente os fundamentos argumentativos.

1.9 Os lugares

Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 94), para fundamentar valores e hierarquias ou reforçar a intensidade da adesão por eles suscitada, pode-se relacioná-los a premissas de ordem geral — pré-existentes — conhecidas como lugares derivados dos tópicos “ou tratados consagrados ao raciocínio dialético”.

Aristóteles (2005, 1392a) distinguia dois tipos de lugares: os lugares-comuns e os lugares específicos. Os primeiros caracterizam-se pela generalidade e podem ser utilizados em quaisquer circunstâncias. São independentes de qualquer conhecimento específico e constituem premissas que podem ser empregadas na argumentação de forma geral. Já os segundos são próprios de uma ciência ou gênero específico.

Os lugares, portanto, são premissas oriundas de opiniões que permitem fundamentar os valores e hierarquias. Assim, a partir dos valores e das crenças que o auditório aceita, evidencia-se o emprego pelo orador dos lugares na argumentação, o que pode possibilitar maior verossimilhança e capacidade de persuasão.

Na Antiguidade, o lugar-comum remetia à Dialética e à Retórica aristotélica, pois consistia tão somente em uma categoria formal de argumentos de alcance geral. Todavia, no século XIX, o emprego dos lugares-comuns nos discursos passou a ser compreendido como um artifício argumentativo que empregava ideias pré-fabricadas, firmadas em generalidades e banalidades.

Para fins de análise retórica, no entanto, o sentido que assumimos como correto é o da expressão que designa um argumento construído e aceito pela opinião geral e que se encontra disponível para uso pelos oradores. Por sua

vez, o lugar específico é o argumento derivado da opinião formada em um domínio próprio de aderência do discurso.

Em razão da multiplicidade de lugares, da generalidade e da dificuldade de distingui-los e identificá-los, optamos pela classificação de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 96), que os relacionam por categorias da seguinte forma: lugares da quantidade, da qualidade, da ordem, do existente, da essência e da pessoa.

O lugar da quantidade indica a superioridade de uma coisa sobre outra por razões quantitativas. Encontra-se, por exemplo, na questão temporal, da durabilidade ou estabilidade ou de números. Já o lugar da qualidade se revela na argumentação quando se contesta a virtude do número, em defesa do que é considerado melhor ou único e mais importante.

O lugar da ordem, por seu turno, afirma a superioridade do anterior sobre o posterior, dos princípios, das leis sobre os fatos e sobre o concreto, ora da causa, ora do fim ou do objetivo. O lugar do existente sustenta que o existente, ou seja, o atual e real é superior àquilo que é apenas possível, eventual ou ainda impossível, com a vantagem do existente sobre o que ainda pode ser realizado.

O lugar da essência, como denota o próprio nome, afirma a superioridade da essência de algo sobre cada uma das suas divisões. Quanto ao lugar da pessoa, ele se vincula ao valor, ao mérito, à autonomia de alguém, bem como aos seus atos e resultados com as ações que pratica.

Baseados em Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019), entendemos que esses são os lugares utilizados com mais frequência, suficientes para o estudo a que nos propusemos. No entanto, a área jurídica apresenta uma linguagem própria, com emprego na argumentação de lugares específicos. Alguns deles têm origem nos princípios gerais do Direito, e outros advêm das máximas jurídicas. Estas últimas, apesar de diferentes dos princípios gerais do direito, em razão da sua natureza, “representam os pontos de vista que a tradição leva em consideração e fornecem argumentos que a nova metodologia, que busca conciliar a fidelidade ao sistema com o caráter sensato e aceitável da decisão, não pode desprezar” (Perelman, 2000, p. 119).

Um vez estudados os elementos que compõem a presente seção, passamos, na sequência, a examinar a interpretação e a aplicação do Direito a partir do enfoque retórico.

2 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA RETÓRICA

As concepções dos filósofos gregos a respeito da *doxa* e dos *endoxa* esclarecem que, para questões controvertidas, nas quais as partes debatem com base em valores, não se aplica a lógica formal. Nesses casos, aplicam-se a Lógica dialética ou a Retórica. O Direito, por sua própria natureza, tem como fundamento sobretudo as questões que envolvem valores morais, éticos, legais e crenças, especialmente as sociais. Assim, a metodologia mais adequada para compreender a aplicação do Direito é a análise retórica uma vez que essa esfera do conhecimento se ocupa principalmente, das controvérsias com base em valores. Quanto às partes que litigam em juízo, elas têm como objetivo justificar as teses que defendem, bem como refutar e enfraquecer as teses contrárias.

Em relação às discussões estabelecidas, o Direito se diferencia das outras ciências, tanto naturais quanto humanas. Nesse sentido, a principal distinção é a existência da decisão, pois, enquanto elas controvertem a respeito das questões, sem que necessariamente se encerre a discussão, no Direito, é necessária a apresentação de uma solução definitiva para a causa levada a julgamento perante o Poder Judiciário.

Com efeito, muito além de constituir um procedimento prático para persuadir ou produzir convicções, a Retórica também é uma disciplina analítica empregada para a compreensão dos padrões desses processos. A partir da compreensão de que ela apresenta uma função hermenêutica, Ferreira (2010, p. 49) esclarece que “todo discurso é, por excelência, uma construção retórica, uma vez que procura conduzir o auditório numa direção determinada, e projetar um ponto de vista”.

A análise do discurso jurídico, por sua vez, deve considerar as especificidades do Direito, pois a adesão a uma tese não decorre de uma passividade dos debatedores nem do auditório geral, uma vez que a relação estabelecida é dialógica, como resultado da formulação de questões, hipóteses e respostas. Ademais, a posição dos debatedores revela a premissa de que, por regra, no caso de decisões coletivas do Poder Judiciário, os julgadores devem estar predispostos a alterar as crenças para que o consenso seja obtido

ao modificar as percepções e emoções próprias, o que se dá com a modificação dos conceitos prévios de cada um deles.

Desde que a Retórica surgiu, em Siracusa, estabelece-se com o Direito uma relação umbilical, com o compartilhamento de características similares. Se, por um lado, o Direito é o campo das controvérsias e da busca dos acordos realizados por meio do discurso jurídico, por outro lado, a Retórica, na acepção de Meyer, “é a negociação de distância entre os indivíduos a respeito de uma questão dada” (Meyer, 2007, p. 25), de forma que possibilita a análise abrangente.

O ato retórico no discurso jurídico decisório se realiza com a observância de regramentos próprios, pois a negociação da distância entre os indivíduos deve se dar dentro dos limites impostos pelas normas. De fato, trata-se de uma retórica regulamentada, pois tanto as normas de Direito Processual quanto as de Direito Material delineiam todo o processo retórico do discurso jurídico decisório, ao definir os critérios de elaboração e edição dos atos.

As decisões judiciais seguem um padrão estabelecido pelas normas processuais. Em regra, contêm um relatório, no qual são apresentados os fatos em julgamento, as pessoas envolvidas nos fatos, bem como todas as ocorrências no processo. Formado o convencimento, os julgadores expõem os fundamentos que motivam as decisões e o fazem por meios de argumentos. Por fim, o julgado contém a parte decisória — o *decisum* — por meio do qual são emitidas as ordens cabíveis a partir da decisão tomada.

A motivação é a parte em que o julgador apresenta a argumentação para justificar as decisões que tomou. Nela, revela-se a técnica conhecida como lógica jurídica. Entretanto, por se tratar de uma técnica discursiva, a motivação do discurso jurídico decisório não se guia pelos critérios da evidência racional, como na Lógica formal, ou pela evidência empírica, como nas Ciências Naturais, pois não segue critérios racionais. Entretanto, é enganosa e incorreta a conclusão de que, pelo fato de ser uma técnica discursiva, a motivação judiciária tem uma dignidade menor diante dos domínios que se guiam pelos critérios da evidência racional, como é o caso da Lógica formal, ou de evidência empírica, no caso das Ciências Naturais.

Em virtude dos freios normativos, a motivação das decisões judiciais, ao mesmo tempo que apresenta um menor rigor assertivo que não permite a

ampliação das premissas e das conclusões, amplia os objetos em análise. Sem dúvida, o discurso jurídico se baseia tanto em premissas decorrentes de fato, verdades provadas e presunções, quanto nas previstas em leis, como as que são frutos dos valores e da hierarquia de valores e lugares.

Acrescenta-se também a interdiscursividade aos critérios balizadores próprios da linguagem jurídica, uma vez que se estabelece uma relação entre o discurso decisório proferido e as outras decisões que o antecederam e decorrem de processos prévios, tais como: o discurso legislativo com a elaboração e aprovação das normas, os discursos das partes litigantes, os precedentes judiciais provenientes dos julgamentos anteriores, bem como o discurso jurídico científico elaborado pelos estudiosos do Direito.

Trata-se, portanto, de elementos que provocam um alargamento da base argumentativa, haja vista que são frutos de acordos anteriores e servem para demonstrar a razoabilidade de uma ou de outra tese, bem como para fundamentar refutações. Esse acréscimo, por sua vez, impõe um ônus para as teses contrapostas, pois é necessária a busca de argumentos em opiniões consideradas válidas — *endoxa* — e o emprego dos lugares retóricos na tentativa de fundamentar as crenças e opiniões para obter êxito nas pretensões deduzidas.

Segundo o pensamento de Perelman (2000), a lógica jurídica difere da matemática por ser dialética e argumentativa. Por esse motivo, é insuficiente, para o Direito, apenas a demonstração que provenha de itens verdadeiros ou o mero silogismo jurídico positivista tradicional. Por certo, as decisões judiciais devem considerar variáveis diversas, estabelecidas por meio de análises dos casos concretos e, a partir delas, formar um juízo de valor para encontrar a solução que pareça mais justa e razoável.

Assim, tanto a eficácia da argumentação depende dos valores, das crenças e das ideologias do auditório, quanto a própria argumentação se baseia nesses elementos intrínsecos ao próprio orador, especialmente nas decisões judiciais. Isso porque, nessa espécie discursiva, não há necessariamente a obrigação de persuadir o auditório, mas o discurso tem também a função de consolidar crenças e ideologias, pois, ainda que impositiva a vontade do julgador, há um interesse subjacente de influir e consolidar no auditório os elementos internalizados em cada cidadão.

Aristóteles (2005, p. 91) afirma que, por terem de se pronunciar sobre fatos atuais e concretos, os juízes, em suas apreciações, decidem com base em aspectos como “a amizade, a hostilidade e o interesse pessoal”. O motivo disso é que os fatores internos obscurecem o discernimento da verdade com exatidão, além “de o seu juízo ser obscurecido por um sentimento egoísta de prazer ou de dor”.

Com base nesses parâmetros, o positivismo jurídico não é suficiente para compreender as motivações nas decisões judiciais, uma vez que não admite qualquer filosofia dos valores. Por conseguinte, exclui-se a subjetividade nas decisões judiciais e, segundo Perelman (1998), nem sempre o Direito é expressão dos valores.

Hans Kelsen (1998) buscou fundar uma teoria do Direito capaz de lhe atribuir o *status* de ciência livre de toda ideologia e das considerações metajurídicas. Na visão do autor, a racionalidade jurídica se revela com a aplicação da lei como premissa maior, emergindo os julgamentos a partir das análises de fatos e pessoas como premissas menores. De tal silogismo, resultariam decisões racionais.

A preocupação com a exigência de uma racionalidade jurídica que fosse além do positivismo jurídico tomou vulto a partir da segunda metade do século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, pois a lei é elaborada por quem detém o poder e, muitas vezes, os mínimos direitos humanos podem ser contrariados pelas normas. Assim, Perelman (1998) procurou estabelecer uma relação entre o racional e o razoável, com o objetivo de explicar a relação existente entre o Direito, a argumentação e a justiça.

Em virtude da insuficiência da racionalização jurídica tão somente com base na lógica, imaginada por Kelsen, Perelman (1998) buscou em Aristóteles a fonte de sua procura de um método racional no Direito capaz de esclarecer a respeito da aplicação do saber argumentativo às disciplinas práticas. O autor constatou que o método dialético foi empregado de forma eficaz nas ciências práticas durante a Antiguidade e na Idade Média, épocas em que a fonte da justiça era a natureza. Também concluiu que o conceito de justiça foi alijado do objeto do Direito com a modernidade científica, de tal forma que encontrou em Aristóteles e em Tomás de Aquino os esclarecimentos a respeito da racionalidade nos juízos de valor, com a finalidade de buscar a forma de

devolver a justiça ao direito, e o fez especialmente em suas obras: *Ética e Direito e Lógica Jurídica*.

Os estudos de Perelman (1998) apontam que a lógica jurídica se aproxima mais de uma racionalidade prática ligada às técnicas da refutação, da argumentação e da controvérsia, que não se confundem com a lógica formal, considerada pela Modernidade como a única forma racional de apreciar os fenômenos científicos. A partir desse ponto, a racionalidade jurídica parte de raciocínios dialéticos e de opiniões geralmente aceitas — *endoxa* — e constitui uma espécie de racionalidade própria do Direito, identificada com a dialética clássica (Perelman; Olbrechts Tyteca, 2019, 05).

Ao tratar dos recursos discursivos para obter a adesão dos auditórios, os autores esclarecem que são necessários acordos, pois o maior interesse não é na verdade de uma proposição, mas no valor de uma decisão que pode ser considerada justa ou razoável. A verdade, a seu turno, pode ser apenas um dos motivos da aceitação de uma tese, mas não o único, visto que esta última pode ser admitida por ser mais justa, oportuna ou socialmente justa, pois, nas decisões judiciais, muitas vezes, a preferência é aderir a valores outros, em detrimento do que é verdadeiro. Com base nesse paradigma, o autor ressalta a importância das técnicas de argumentação da dialética para obtenção de acordos sobre os valores que devem, com os fatos e os lugares-comuns, constituir o ponto de partida de um discurso.

Na teoria da argumentação proposta na Nova Retórica de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2019), outro conceito relevante é o de acordo prévio, consistente em proposições incontroversas aceitas pelo auditório antes do início do discurso. Ademais, por ser dialética, é essencial a relação estabelecida entre o orador e o auditório, conceituado pelos teóricos como “o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2019, p. 166), que igualmente abrange todos os que orador pretende influenciar.

Nessa perspectiva, a teoria da argumentação de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2019) traz outro elemento de grande valia: a relação entre o racional e o razoável. Ao questionar a ideia de que a única forma de racionalidade admissível seria o pensar cartesiano — o que leva à conclusão de que a faculdade humana de exercer o raciocínio e provar por meio de atos

decisórios não constituiria atividade racional — o filósofo do Direito conclui que, em uma discussão a respeito de questões humanas práticas, as partes podem ter opiniões válidas, ainda que divergentes, e assim formula a distinção entre o racional e o razoável.

Se, por um lado, o racional se associa às verdades evidentes, como a razão matemática, por outro lado, o razoável é tudo aquilo que sofre a influência de situações contingentes, tais como o senso comum, ou o que pode ser considerado bom senso e, portanto, está sujeito às circunstâncias que influem nesses conceitos e mudam conforme a humanidade se modifica. Dessa forma, em Direito, o critério da razoabilidade se vincula à noção de equidade e, diante da aparência de desarrazoabilidade de uma norma, seria legítimo buscar socorro na equidade, de tal forma que o que é razoável pode não ter relação com o que é racional no sentido cartesiano.

A aplicação do Direito por meio do discurso tem como função precípua ser útil para a sociedade. A linguagem jurídica tem, na motivação das decisões judiciais, relação com as normas legais e resulta em conclusões derivadas não de um raciocínio demonstrativo, mas da argumentação que emerge nas decisões judiciais, principalmente na motivação dos julgadores. A esse respeito, Perelman (2000, p. 481) esclarece:

Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo o fator de decisão, que é, contudo essencial. O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento de premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.

A partir das técnicas argumentativas apresentadas por Aristóteles nos *Tópicos* (2007) e na *Retórica* (2005), Perelman (1998) formulou uma espécie de lógica jurídica baseada nos juízos de valor, ou seja, que tivesse o condão de fornecer critérios objetivos e universais capazes de aferir os valores, em vez de considerá-los tão apenas como arbitrários e irracionais. Criou, com essa premissa, uma racionalidade própria das Ciências Práticas, como o Direito, a

Ética e a Política, de forma que a Dialética se constitua em instrumento para a obtenção de acordos sobre os valores, e de como aplicá-los.

2.1 O auditório no discurso jurídico

Toda argumentação tem um auditório como destinatário, de quem o orador busca obter a adesão. Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 145), a adaptação do orador “não se refere somente a questões de linguagem”, pois a simples compreensão do que se expressa não é suficiente. Isso porque é necessário o conhecimento prévio das teses que o auditório admite ou rejeita, o que servirá de amparo à argumentação. Por esses motivos, é de fundamental importância saber, em primeiro lugar, a qual auditório que se destina o discurso.

No discurso jurídico, o auditório assume um papel de destaque, tendo em vista que os efeitos da decisão judicial não se restringem a uma simples resposta voltada para casos pretéritos, vinculando-se de forma simples ao gênero judiciário. As decisões judiciais, principalmente as proferidas pela Suprema Corte, assumem a condição de paradigmas para novos julgamentos e constituem fontes de argumentos para fundamentar a defesa de teses futuras.

A noção de auditório nesse gênero discursivo, portanto, assume um caráter mais complexo. Inicialmente, o próprio julgador deve deliberar consigo mesmo a respeito das controversas questões trazidas para solução. Depois, no caso das decisões colegiadas, ocorrem os debates, momento em que os próprios julgadores podem ser convencidos a adotar posições diversas daquelas que tinham anteriormente.

O sistema judicial tem um o auditório interno que lhe é próprio, além do auditório externo. Este é composto pelas partes litigantes diretamente atingidas pela decisão; pelos demais operadores do Direito, que usam as decisões como paradigmas, e os estudiosos do Direito. Por último, as decisões ainda têm por auditório o povo em sua totalidade, haja vista que os efeitos da decisão interferem nas relações de direito de forma coletiva, especialmente quando as decisões se referem a assuntos de natureza constitucional.

No processo argumentativo, elaborado com o fim de obter a persuasão ou o convencimento por meio do discurso jurídico decisório, o auditório ocupa a posição central no processo persuasivo/argumentativo por ser o destinatário do

discurso. Por consequência: “É, de fato, ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2019, p. 27). Com efeito, as reações dos indivíduos que compõem o auditório determinam as direções do discurso, motivo pelo qual cada orador idealiza o auditório ao qual se dirige, a partir das próprias opiniões e crenças.

Os referidos autores ainda admitem a existência de um número ilimitado de auditórios, mas, para fins práticos, classificam-nos em três tipos: o universal, composto por todos os seres adultos e normais; o particular, formado unicamente pelo interlocutor ou por um grupo específico de pessoas a quem se dirige; e o terceiro, constituído pelo próprio orador, quando delibera a respeito das razões de seus atos.

Os julgadores, no processo judicial, inicialmente são levados a refletir, deliberar consigo mesmos. Em sequência, formulam os juízos críticos a respeito dos argumentos que lhes foram apresentados, diante das normas que regem os assuntos controvertidos, para, dessa forma, buscar as razões e formular os argumentos que comporão o discurso decisório, que também tem a finalidade de convencer os demais auditórios. Esse procedimento é condicionado principalmente pelo princípio do livre convencimento do juiz, com as limitações que as normas lhe impõem. Além disso, é obrigatória a motivação das decisões judiciais.

No caso dos julgamentos realizados nos tribunais, os julgadores se manifestam perante um colegiado no qual se estabelecem a discussão e o debate sobre as questões controvertidas. Nessa ocasião, o relator expõe a tese sustentada, o que pode resultar em confronto, objeções e questionamentos. É possível, ainda, ocorrer a mudança de opiniões, motivo pelo qual, em primeiro lugar é necessário convencer os demais componentes do colegiado. Em suma, é necessária uma argumentação capaz de convencer os membros do colegiado a adotar a tese defendida.

Além dos auditórios internos do sistema judicial, as partes constituem o auditório do discurso decisório, uma vez que o julgamento proferido afetará diretamente os interesses dos litigantes no processo. Também estão diretamente sujeitos aos efeitos das decisões os profissionais do direito, como os representantes do Ministério Público, a Advocacia e o povo em geral.

Este último destinatário do discurso jurídico decisório é de fundamental importância, pois, segundo a Constituição Federal, é do povo que emana todo o poder do Estado⁶ (Brasil, 1988). Assim, o povo é o legítimo destinatário da decisão, principalmente das que resolvem questões constitucionais. Tal característica desse gênero discursivo reflete diretamente nos agentes estatais investidos de poder judicial⁷ diante da responsabilidade que lhes foi atribuída. Por essa razão, devem convencer os diversos auditórios da razoabilidade da decisão.

Outro elemento importante interrelacionado ao auditório é o contexto temporal em que os discursos são proferidos. A esse respeito, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2019, p. 168) esclarecem:

enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto – o que permite comparar um sistema formal a um jogo de xadrez – a argumentação insere-se necessariamente em um contexto psicossocial.

Essa condição evidentemente influencia na motivação da decisão judicial, haja vista que os comportamentos, a opinião pública e os interesses individuais ou coletivos, de forma geral, modificam-se conforme as crenças e opiniões, bem como as concepções prevalescentes nas decisões proferidas pelos julgadores. Com mais ênfase, isso ocorre no caso de decisões que reconhecem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma legal.

Estabelecidos esses preceitos, importa verificar os elementos presentes de provas retóricas presentes no discurso jurídico decisório.

2.2 O *Ethos*, *pathos* e *logos* no discurso jurídico

Estabelecidas as controvérsias no processo judicial, tanto as partes quanto os julgadores se valem das provas para fundamentar o discurso em busca da adesão do auditório às soluções que defendem para as questões postas. As provas de persuasão, segundo Aristóteles (2005), podem ser as provas técnicas, inartísticas, também denominadas extrínsecas, porque já existentes e não produzidas pelo orador, e as provas artísticas, ou intrínsecas,

⁶ Constituição Federal, artigo 1º, § único.

⁷ Ministros, juízes, desembargadores.

porque são próprias do discurso. No processo judicial, podemos apontar como provas extrínsecas as confissões, os documentos, as perícias, os depoimentos etc. Quanto às provas intrínsecas, “umas residem no carácter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte; e outras, no próprio discurso, pelo que este demonstra ou parece demonstrar” (Aristóteles, 2005, 1356a, p. 96).

Ainda que, nas análises, busquemos demonstrar como se expressam argumentativamente de forma destacada, essas provas retóricas estão presentes na integralidade do discurso, pois é a relação entre as três provas que suscita o convencimento pretendido pelos relatores dos votos apreciados.

2.2.1 O *ethos*

O *ethos* é a imagem de si que o orador expressa no discurso. Conforme leciona Meyer (2007, p. 34), o *ethos* é “o carácter, a personalidade, os traços de comportamento, a escolha de vida e dos fins”. Assim, um juiz, desembargador ou ministro de Cortes Superiores, por ser pessoa dotada de um saber específico, capaz de responder às perguntas próprias da atividade que exerce, não deve apenas responder, mas responder bem, como ser humano, pois a virtude que possuem não é a apenas a de um especialista, mas deve ser geral, de acordo com os efeitos das decisões que proferem. Isso revela que o *ethos* é compartilhado por todos e se liga não à pessoa, mas à imagem que o orador expressa de si mesmo, aquilo que é e o que representa, de forma que ele próprio se torna um argumento de autoridade.

Contudo, a complexidade da sociedade e das relações humanas não nos permite mais identificar o *ethos* somente com a imagem que o orador passa de si mesmo no discurso, haja vista que o uso da linguagem é feito em um sistema mais amplo do que os resultantes das relações estabelecidas no tempo da Retórica Antiga. A esse respeito, Meyer (2007, p. 35) esclarece:

O *ethos* é um domínio, um nível, uma estrutura – em resumo, uma dimensão -, mas isso não se limita àquele que fala pessoalmente a um auditório, nem mesmo a um autor que se esconde atrás de um texto e cuja “presença”, por esse motivo, afinal, pouco importa.

Esclarece o autor que existe um *ethos* imanente, que é a imagem que o auditório projeta no outro. Assim, tanto o orador como o auditório projetam uma imagem que necessariamente não corresponde à realidade. Por essa razão, “o auditório reage de modo imanente a valores, e é nesses termos que ele julga quem se expressa” (Meyer, 2007, p. 51). O orador, a seu turno, conjectura o auditório como persuadido ou convencido ainda mais, por conter um *ethos* fruto da pressuposição, denominado *ethos* projetivo, imaginado pelo auditório e ao qual se adapta, e uma imagem própria que o orador expressa no discurso, o *ethos* efetivo, isto é, o que fala efetivamente.

2.2.2 O *pathos*

O *pathos* se refere aos apelos argumentativos que despertam a paixão ou emoção no auditório com a finalidade de influenciar a apreciação e no julgamento da questão. Aristóteles (2005, 1356a, p. 95) o considerava um meio de persuasão que o orador obtém “pela disposição dos ouvintes quando estes são tentados a sentir emoção por meio do discurso, pois os juízos que emitimos variam conforme sentimos tristeza ou alegria, amor ou ódio”. Por meio dessa prova retórica, o orador “mobiliza as crenças, sentimento, percepções e simpatias do auditório, para, desse modo, interferir no processo de persuasão” (Mateus, 2018, p. 110).

Meyer (2007, p. 36) aduz que a paixão tem início com a subjetividade da questão, sob o ângulo prazer/desprazer. Por esse motivo, a resposta à questão tem diversos tons coloridos pela esperança ou temor, amor ou ódio, dor ou prazer, bem como muitas outras paixões. O autor ainda distingue a paixão da emoção, pois aquela “não diferencia mais entre o problema posto do exterior e a resposta subjetiva”.

Esclarece, ainda, que a indiferenciação absorve a individualidade da pessoa, e uma retórica aplicada às questões resolutórias se voltará ao sentido da paixão como efeito, e não como causa. Nesse passo, “a paixão como resposta” é um julgamento sobre a questão em debate, de tal forma que o amor e a aspiração supõem um julgamento positivo, ao passo que o ódio, o desgosto etc. resultam na recusa do termo oposto.

Nesse sentido, a “resposta”, distintamente da emoção, não diferencia o problema posto do exterior e a resposta subjetiva. A individualidade da pessoa é absorvida pela indiferenciação. Assim, uma retórica com foco na resolução das questões se voltará preferencialmente ao sentido da paixão como efeito, pois a argumentação não explicita o que está sendo questionado no particular da pessoa, mas busca preferencialmente a paixão como efeito.

Dessa forma, a paixão comunica ao outro uma diferença própria do orador, que adianta ao auditório uma resposta que espera ser dada por ele. Este último, por sua vez, já as considera existentes no outro, como expressão do aspecto subjetivo da questão. Conclui, portanto, que:

Quanto mais valores são postos em causa, mais a paixão vem obscurecer e sufocar a problematidade que eles apresentam. Assim, a emoção é a coloração subjetiva de valores que podem ser compartilhados. Eles geram os lugares comuns, as ideias convencionais, as opiniões em vigor na sociedade (Meyer, 2007, p. 39).

Ao descobrir as questões envolvidas no *pathos*, o orador se vale “dos valores do auditório, da hierarquia do preferível, que é a sua” (Meyer, 2007, p. 39), de forma que as paixões ou emoções têm relevância muito maior do que se lhe pretende atribuir na relação retórico-jurídico-decisória. Com efeito, o *pathos* influencia a elaboração das normas aplicadas, serve de fundamento para os argumentos no discurso jurídico e gera mudanças de posicionamento em virtude dos estados emocionais de todos os envolvidos nos processos judiciais.

Vistos o *ethos* e o *pathos*, importa-nos estudar o *logos*.

2.2.3 O *logos*

Segundo Aristóteles (2005, 1356a, p. 96), o *logos* é uma das três provas de persuasão pertinentes à Retórica e se encontra no que o próprio discurso demonstra ou parece demonstrar, ou seja, o discurso é persuasivo pela verdade ou aparência de verdade. Assim, socorre-se do *logos* quem melhor formar os silogismos e as razões para os argumentos. O *logos* está diretamente ligado à dialética, conforme o estagirita esclarece: “A retórica é, de facto, uma parte da dialéctica e a ela se assemelha” (p. 97).

O *logos*, no discurso jurídico decisório, é destacado e preponderante, ainda mais a partir do momento em que os princípios jurídicos passaram a adquirir *status* privilegiados, como os da legalidade e do devido processo legal que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988⁸. A partir desses princípios, a noção de racionalidade jurídica se relaciona à observância da Constituição e das leis vigentes no país, de tal forma que as normas jurídicas têm muita força na argumentação jurídica, pois decorrem de adesão prévia expressa no processo retórico, estabelecido na formulação das normas pelo Poder Legislativo, e fazem pressupor que sejam razoáveis para o auditório formado pelo povo.

Além disso, a positividade das regras legais institui um ideal de justiça formal que garante certa previsibilidade no processo argumentativo. Contudo, diante de todo o conjunto de normas vigentes no país, a defesa do que seria essencial ou prevalecte no momento de interpretar as normas implica a elaboração de juízos de valores subjetivos dos julgadores.

No que se refere à persuasão, Aristóteles (2005) afirma que é possível obtê-la pela demonstração do que é real ou com aparência de verdadeiro, por meio da indução e pelo silogismo. Segundo o estagirita, o exemplo é uma indução, e o entimema é um silogismo ou um silogismo aparente. Dessa maneira, denomina de entimema o silogismo retórico e de exemplo a indução retórica e, por esses meios, “todos produzem provas por persuasão, quer recorrendo a exemplos quer a entimemas, pois fora destes nada mais há” (Aristóteles, 2005, 1356b, p. 98)

A questão da “racionalidade jurídica” é controvertida. Ela tem sido debatida no âmbito da Filosofia do Direito e pode ser muito interessante para os estudos da linguagem jurídica, mas, por não ser objeto próprio da nossa pesquisa, somente apontaremos que a análise retórica das decisões judiciais, quanto ao *logos*, aponta que alguns exercícios retóricos no âmbito do discurso jurídico são paradigmas — exemplos —, e outros são entimemas. Por conseguinte, existem argumentos que podem ser persuasivos para uns mediante o apontamento de exemplos e outros que são persuasivos mediante o emprego de premissas e conclusões aparentemente verdadeiras.

⁸ Artigo 5º, II, e, LIV (Brasil, 1988).

Por certo, o que é razoável ou racional, em termos jurídicos, depende de vários elementos a serem considerados na análise do discurso jurídico decisório, tais como: o momento em que é proferida a decisão, os efeitos presentes e futuros das decisões e a elaboração das premissas a partir do devido processo legal.

Ademais, a elaboração do silogismo deve se submeter a limitações e exceções impostas pelas presunções jurídicas que, por sua vez, são previsões legais e impõem ônus à argumentação de quem defende teses contrárias a elas. Certamente, a previsão legislativa, que impõe a presunção, visa a proteger determinados institutos ou estados das coisas reputados como legítimos e merecedores de proteção.

A seguir, tratamos das presunções judiciais como parte integrante do *logos* no discurso jurídico.

2.3 As presunções judiciais

O substantivo presunção nos remete a, pelo menos, dois significados. Um deles advém do senso comum e corresponde à “opinião muito boa que alguém tem sobre si mesmo; arrogância”⁹. O outro é utilizado na linguagem jurídica, e consiste no resultado de ser a lei capaz de depreender a partir de certas situações ou fatos que possam ser considerados verídicos, embora, algumas vezes, possa ser comprovado o contrário.

Dessa forma, quando presumimos algo, não afirmamos nada com a certeza, mas apenas com as pressuposições, pois a presunção não se confunde com certeza, muito menos com a verdade. Efetivamente, trata-se de um juízo de probabilidade, porém, como é típico no mundo contemporâneo, no qual predomina o relativismo, costumam-se confundir, mesmo na esfera ético-filosófica, presunção, certeza e verdade.

Ocorre, porém, que o conhecimento subjetivo e as questões cognitivas, morais e culturais podem ser considerados certeza, mas não verdade, pois as perspectivas são diferentes a respeito de um mesmo acontecimento ou uma

⁹ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/presuncoes/>. Acesso em 05/04/2021

mesma coisa. Logo, não existe a verdade de um e a verdade de outro, mas a certeza de cada um a respeito de algo a partir das convicções próprias.

A presunção no direito é tida como um instrumento para a formação de uma convicção judicial, pois decorre de exercício mental que procura obter a certeza sobre fatos — ou, pelo menos, a verossimilhança do que se alega em juízo — e o que aparenta ser verdadeiro, diante do que dispõe uma norma legal ou os costumes.

As presunções judiciais, como forma de se chegar ao convencimento, surgem no Direito Romano e se expressam também no Direito Visigótico, no Direito Medieval, nas Ordenações Afonsinas, no antigo Direito Lusitano, no Renascimento e ainda no Direito Canônico, épocas em que se fundavam em máximas de experiência e consistiam em meras probabilidades, com base em fatos conhecidos e se restringiam a casos particulares em julgamentos de competência dos príncipes e jurisconsultos. Ainda que não fossem previstas em leis, passaram a ostentar o *status* legal com o emprego constante nas decisões judiciais.

Com o passar do tempo, as presunções passaram a ter preceituação legal, e aquelas consideradas pelo legislador como preceito jurídico não podem ficar à mercê da liberdade de aplicação e arbitrariedade quanto à sua apreciação pelo julgador. Com essa nova formulação, as presunções comuns passaram a ostentar a qualidade de presunções legais e, portanto, de norma com eficácia e com a qualidade de fonte de direito.

No Direito, há duas espécies de presunções: as legais — ou de direito — e as judiciais. As primeiras são criadas pelo legislador e estão normatizadas em lei. Já as segundas consistem em meras hipóteses formuladas pelo julgador e têm como base e fundamento as máximas da experiência.

As presunções legais apresentam duas subclassificações: as presunções *iuris tantum* e as *iuri et iuri*, a depender da admissão pela lei da produção da prova em contrário, com capacidade de descredibilizar e arruinar a presunção. A presunção *iuris tantum* é relativa, pois admite prova em contrário, já a *iuri et iuri* é absoluta e irrefutável porque a lei não admite prova em contrário ou não permite que a validade da presunção seja questionada.

Além das presunções legais, existem as presunções *hominis* — judiciais, naturais ou de fato. Essas espécies consistem naquelas que têm como base e

fundamento o conhecimento adquirido pela observação dos fatos, a observação e conhecimento do decurso das coisas ou, como naturalmente acontece, o conhecimento do homem médio e da sociedade em que está inserido.

O recurso a essas espécies de presunções é uma forma de o juiz apreciar os fatos que não são objeto de prova direta ou cuja presunção não se encontra legalmente prevista para fins de sustentar o convencimento. A permissão a esse tipo de raciocínio se baseia no princípio da livre apreciação da prova pelo julgador.

Ainda que de forma implícita, o recurso às presunções judiciais é muito utilizado pelos julgadores para ter uma base fundada que venha a apoiar as decisões. As presunções podem ser encontradas nas argumentações lançadas nas motivações das decisões e assumem papel fundamental e decisivo nos julgamentos em que, no âmbito de um processo, existam fatos importantes que o consubstanciam, mas que dificilmente possam ser provados por meio de prova direta.

Quanto aos raciocínios que conduzem às presunções, apontamos três tipos de raciocínio: o raciocínio dedutivo, o raciocínio indutivo e o raciocínio abdutivo. O raciocínio dedutivo consiste numa inferência que parte do geral para o particular. Trata-se de um processo de raciocínio em que, numa afirmação, a conclusão é alcançada a partir de um conjunto de premissas, em consequência de regras lógicas ou regras de inferência.

Para Kaufmann (2009), o raciocínio dedutivo não é suficiente no que se refere aos fatos, uma vez que, para cada pergunta jurídica, não é possível obter apenas uma resposta, pois é necessária a aplicação da lei, bem como a adaptação da norma ao caso concreto, de forma a se estabelecer entre aqueles fatos uma relação direta e, assim, formar um juízo de valor. Além disso, a inviabilidade da dedução ainda pode ser provada pela falsidade das premissas, visto que esse tipo de raciocínio é apenas analítico. A estrutura adotada será: em primeiro lugar, a norma; em segundo lugar, o caso; e só em terceiro lugar, o resultado.

O raciocínio indutivo, ao contrário do que acontece no dedutivo, parte do particular para o geral. A indução parte de uma base particular e incompleta e conduz a novos conhecimentos. Essa espécie de intelecção parte de uma observação considerada experimental, na qual se pretende verificar se o evento

já ocorreu ou se irá acontecer novamente, com resultados iguais ou semelhantes. Isso é, portanto, comum no âmbito de todas as ciências denominadas experimentais, nas quais há, em primeiro lugar, uma pretensão de se analisar o caso e, em segundo lugar, uma análise do resultado para somente depois estabelecer a regra. Com esse modelo, torna-se possível verificar se o resultado poderá se reproduzir novamente em situações semelhantes.

Por sua vez, o raciocínio abduutivo é uma inferência cujo ponto de partida é algo particular, com a finalidade de alcançá-lo. No entanto, ao longo do seu percurso, passa pela generalidade do resultado, mediante a norma aplicável ao caso. De todo modo, trata-se de raciocínio inseguro, incerto e que não pode ser considerado irrefutável, haja vista que apenas são descobertas, analisadas e aplicadas as regras particulares às regras gerais.

Além desses três tipos de inferências, Kaufmann (2009, p. 111) acrescenta a analogia, que consiste na conclusão de um particular conhecido para um particular desconhecido, cujo conhecimento só é possível ao se passar pelo geral. Logo, a estrutura da analogia é contrária à da abdução, ou seja, em primeiro lugar, existem os fatos controvertidos, em segundo lugar, a norma e, em terceiro lugar, o resultado.

A analogia assume um papel muito importante nas ciências. Já no âmbito do Direito, é considerada apenas um método a que se recorre quando se apresenta uma lacuna da lei. Esse tipo de raciocínio lógico resulta de uma conjugação entre a dedução e a indução, pois tem como ponto de partida o caso e como fim o resultado, porém com base em uma norma aplicada analogicamente, e não derivada do caso em si. Todavia, não consiste apenas em uma análise, mas em um método sintético e de comparação.

Em contrapartida, não obstante as considerações a respeito desses tipos de inferências lógicas, é necessário ter sempre em conta que a presunção, para ser precisa, necessariamente precisa ter, como ponto de partida, um fato, e, como objetivo claro, o alcance de outro fato. Portanto, são irrelevantes os fatos abstratos ou imprecisos para que se apliquem as presunções.

2.4 A presunção de inocência no Direito Penal

O Direito brasileiro privilegia um conceito conhecido há muito tempo como “princípio da presunção de inocência”, inserindo-a como garantia constitucional no artigo 5º, inciso LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁰.

A redação da norma constitucional não deveria ser motivo de grandes controvérsias, mas os posicionamentos políticos, os valores morais e os interesses pessoais e de grupo levaram à criação de discursos que visam a relativizar a garantia constitucional. De fato, na referência que “ninguém será considerado culpado”, temos, em sentido inverso, a conclusão de que todos serão considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória. O termo jurídico “trânsito em julgado”, por seu turno, refere-se ao momento em que uma decisão judicial se torna definitiva, por não mais ser objeto de qualquer recurso.

A conceituação do termo não consta de nenhum diploma legal brasileiro, porém apresenta um aspecto temporal e um recursal. A partir de ambos, ultrapassado o prazo para a interposição de recursos, ocorre o trânsito em julgado das decisões judiciais e, por meio desses aspectos procedimentais, opera-se uma eficácia consumativa que impede a rediscussão dos fatos e dos fundamentos jurídicos empregados nas decisões.

Compreendido o termo, a redação da Constituição Federal de 1988 conduz ao sentido de que, se uma pessoa não é culpada da prática de um ilícito penal, será considerada inocente até que não se admita mais nenhum recurso. Ou seja, não há mais possibilidade de questionamento formal da decisão que a considere culpada.

Entretanto, os posicionamentos ideológicos, notadamente os de viés punitivista, levaram à manipulação semântica do termo, para se estabelecer uma interpretação literal e redutiva. Desse modo, a Constituição Federal, ao preconizar que ninguém pode ser considerado culpado, desperta uma parte da doutrina para defender a tese de que, em nosso país, a norma constitucional

¹⁰ Brasil (1988).

não fala em inocência, mas em não culpabilidade, de forma que não existiria, no país, o princípio da inocência, mas o da não culpabilidade.

Essa aparente inversão de valores pode parecer inocente, mas não é, pois leva à impressão de que, para o sistema punitivo brasileiro, todo mundo é considerado culpado até prova em contrário. Embora tal entendimento não conste das normas, é isso o que se dá na prática. Trata-se, portanto, de uma tentativa de manipulação semântica por meio da variação dos elementos léxicos, que expressa opinião ideológica real. Ocorre, contudo, que o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9º, ao dispor que *“todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”* (Brasil, 1992).

No mesmo sentido, é redigido o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao qual o Brasil aderiu por meio do Decreto 592, de 06 de julho de 1992 (Brasil, 1992), e que dispõe, no artigo 14.2, que *“toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”* (Brasil, 1992). A referida norma igualmente prevê, em seu artigo 14, G, 5, que *“toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”* (idem).

Ademais, por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 (Brasil, 1992), o Brasil promulgou e concedeu vigência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, em seu artigo 8º, item 2, dispõe que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”* (Brasil, 1992).

Portanto, vigora no Brasil, explicitamente, a presunção da inocência, e não apenas da não culpabilidade. Isso porque a interpretação sistemática das normas não permite essa inversão da ordem, já que, se não culpada, é inocente até o trânsito em julgado da condenação, de tal forma que, sem o trânsito em julgado de condenação, se presume inocente.

Em consagração a esse princípio, foi promulgada a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 (Brasil, 2011, que alterou o Código de Processo Penal para dar nova redação ao artigo 283, nos seguintes termos:

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 preventiva¹¹.

A partir da entrada em vigor do referido artigo com a nova redação, consagrou-se, no sistema normativo, a decisão do STF a respeito da execução antecipada da pena que deveria obedecer ao princípio da presunção da inocência. Assim, o legislador deixou clara e cristalina a disposição ao imprimir a vedação da prisão, a não ser nos casos que especifica, de forma que qualquer outra modalidade de prisão é ilegal.

Estudamos, a seguir, o contexto da execução da pena criminal no Brasil. Em especial, focalizamos os momentos e as características legais referentes à provisoriedade, à definitividade e à antecipação do cumprimento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, a partir dos valores e ideologias que permeiam as opiniões do auditório e dos oradores no discursos jurídicos decisórios no âmbito do STF.

¹¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em 05/05/2022

3 EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, VALORES E IDEOLOGIA

3.1 Contexto

No sistema legal brasileiro, há duas espécies de processos criminais: o processo de conhecimento no qual se analisa a existência de um fato típico, antijurídico e culpável, considerado crime em lei, bem como se apura a autoria do fato, que pode ser imputada a uma ou mais pessoas; e o processo de execução penal, por meio do qual o Estado aplica e efetiva as disposições das decisões criminais proferidas na fase de conhecimento.

A execução penal é definitiva quando existe uma decisão condenatória já transitada em julgado, ou seja, quando não é mais cabível a interposição de recursos. Entretanto, há situações em que o réu cumpre prisão antes do trânsito em julgado da condenação, e a execução penal pode ser considerada provisória. Essa situação se aplica, na maioria das vezes, a réus já presos cautelarmente e cuja eventual condenação não se tornou definitiva. No entanto, por já terem passado determinado período na prisão, aproveita-se esse tempo como cumprimento provisório da pena.

A execução provisória da pena prevista com o fim de beneficiar réus presos cautelarmente não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, em desfavor de réus que responderam soltos ao processo e que não deram motivos para prisão cautelar. Trata-se, sem dúvida nenhuma, de uma execução antecipada da pena criminal que ofende e afronta o princípio da presunção de inocência.

No âmbito de competência do STJ, há uma decisão paradigmática que esclarece bem a questão:

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIMES DE ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU SOLTO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A pendência de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não obsta a obtenção de benefícios na execução da pena, à teor do que dispõe o Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do

trânsito em julgado da sentença condenatória". 2. No caso específico dos autos, contudo, o Paciente não se encontra preso preventivamente, o que impede a pretendida expedição de guia provisória de cumprimento de pena. 3. *Habeas corpus* denegado.¹²

Até 2009, o STF permitia a execução antecipada da pena criminal na pendência dos recursos especial e extraordinário, portanto, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ocorre que, naquele ano, no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, sob a relatoria do ministro Eros Grau, a Suprema Corte Brasileira firmou entendimento de que a execução antecipada da pena criminal era inconstitucional.

Contudo, esse posicionamento foi novamente alterado no ano de 2016, no julgamento do HC nº 126.292, para que fosse permitida a execução antecipada da pena criminal. Desse modo, seria sustentada a prisão de condenados em julgamento na segunda instância, mas cuja decisão ainda não havia transitado em julgado, pois se encontravam pendentes de julgamentos os recursos interpostos nas instâncias extraordinárias, especialmente no STJ e no STF.

A partir de 2016, portanto, a “execução provisória da pena” passou a ser aplicada de forma diversa daquela que a lei realmente prevê e contrariamente ao que dispõe o princípio constitucional da previsão de inocência, bem como ao artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011¹³. A decisão teve como finalidade justificar a prisão sem trânsito em julgado da condenação criminal não prevista em lei, vedada pela Constituição e não admitida pela doutrina jurídica.

Constata-se que, com o intuito de sedimentar a crença no auditório constituído pela população em geral, alterou-se a expressão “execução antecipada da pena” para “prisão em segunda instância” com o evidente objetivo de influir nas decisões das assembleias populares, especialmente em eleições para cargos do Poder Executivo. Essa variabilidade semântica pretende justificar a não observância dos princípios da legalidade e da presunção de inocência, sem o devido processo de alteração da Constituição Federal.

¹² STJ - HC: 256482 SP 2012/0212472-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2013

¹³ “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (Brasil, 2011).

Outrossim, em clara desconsideração da lei específica, tem-se a clara função de influir na forma como a população forma as crenças em relação às pessoas atingidas pelos atos do Poder Judiciário, com destaque maior para os agentes políticos que defendem posições contrárias aos grupos dominantes.

Dessa forma, com a intenção de evitar a imputação da prática do descumprimento de Direito Fundamental, alterou-se, nos discursos midiáticos, a expressão “execução antecipada da pena criminal” para “prisão em segunda instância”. A primeira expressão representa, de fato, uma prisão não prevista em lei, ao passo que a segunda tem como principal finalidade a justificativa da defesa do interesse público. Contudo, trata-se de, de fato, de uma clara ofensa a um Direito Fundamental previsto na Constituição Federal. O que se constata é o emprego de figura de linguagem, notadamente a substituição de um termo por outro, para enfatizar o significado de uma opinião, a *doxa*.

O emprego sofisticado do termo “prisão em segunda instância” para se referir à execução antecipada da pena criminal lança uma nuvem sobre o que o ato efetivamente representa pois, em geral, o auditório não é completamente afeito à linguagem jurídica e não distingue muito bem o significado de uma ou de outra expressão. Assim, apenas consolida a crença a respeito das imputações feitas nos discursos públicos e, dessa forma, constroem-se as crenças sobre a reputação das pessoas atingidas pela antecipação da execução da pena.

Esse posicionamento, amparado pelo discurso midiático, emergiu diante da necessidade de justificar o absurdo legal de prender adversários políticos acusados de prática criminosa, por meio de operações policiais que envolviam políticos influentes no Brasil. Logo, com a criação de nova expressão conhecida como “prisão em segunda instância”, objetivou-se influir nos destinos políticos do país, com claro viés ideológico. O intuito é justificar, por meio do discurso, a decretação da prisão e o encarceramento de pessoas que responderam em liberdade aos processos, em evidente ofensa ao que dispõe a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais.

A prática contou com apoio massivo dos aparelhos ideológicos, principalmente os meios de comunicação oficializados, como emissoras de rádio e televisão, além do discurso veiculados nas mídias sociais presentes na rede mundial de comunicação — a internet —, e se basearam em um discurso

anticorrupção para legitimar os abusos e desvios, posteriormente revelados com a divulgação das comunicações estabelecidas entre os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Com esse discurso, disseminou-se, em uma parcela considerável da população brasileira, a crença de que todos os problemas que afligiam a população eram culpa dos adversários políticos ou dos defensores dos direitos e garantias dos cidadãos.

De fato, o Ministério Público é parte nos processos penais e tem como função, entre outras, a de acusar; já o Poder Judiciário tem como função principal decidir sobre a existência de fatos criminosos e sobre o envolvimento de pessoas na prática desses fatos, mantendo-se equidistantes das partes, a acusação e a defesa. Entretanto, constatou-se posteriormente que ambos, MP e PJ, trabalhavam em conjunto de forma a prejudicar o direito de defesa dos acusados. Essas comunicações foram amplamente divulgadas depois de interceptadas e copiadas em uma rede social¹⁴.

Nota-se que a permissão do cumprimento antecipado da pena criminal ofende claramente os ditames legais e constitucionais — que não coincidentemente vigoraram no período mencionado — e representa uma tentativa enviesada de alteração do sistema repressivo penal brasileiro sem o devido processo legislativo. A origem da vertente que tem essa pretensão funda-se na teoria do neopositivismo jurídico, ou seja, trata-se da tentativa de fazer prevalecer as ideologias defendidas por um grupo social ligado às estruturas de poder, em detrimento daqueles que defendem ideologias contrárias.

Com efeito, pretende-se que os juízes possam aplicar as leis apenas na parte que entendem ser o melhor para a sociedade. Tal posicionamento tem como norte o sistema legal conhecido por *Common Law* que se originou e vigora na Inglaterra. Esse sistema influenciou muitos outros países, especialmente os que integravam o Império Britânico, entre eles os Estados Unidos da América, o Canadá, a Austrália e a Índia.

No sistema legal da *Common Law*, os princípios jurídicos advêm das decisões judiciais tomadas em casos anteriores, e não em leis escritas. Portanto, a partir de precedentes judiciais, os juízes interpretam e aplicam os

¹⁴ Disponível em: <https://www.intercept.com.br/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em 09/05/2023.

princípios no julgamento de fatos a partir de decisões anteriores ou criam novos posicionamentos que podem ser invocados em casos futuros com circunstâncias semelhantes. Essa doutrina, denominada *stare decisis*, com o significado de "manter as coisas decididas", teria o condão de promover a consistência e previsibilidade da Justiça.

Esse sistema de Direito, baseado no costume e conhecido como Direito Consuetudinário, enfatiza a jurisprudência e o precedente legal, embora estatutos e regulamentos promulgados por órgãos legislativos também possam ter algum impacto. Isso faz com que a atuação dos juízes seja crucial nas jurisdições de Direito Comum, pois eles têm autoridade para interpretar e preencher lacunas das normas, de forma a desenvolver princípios jurídicos por meio de suas decisões.

Todavia, no Brasil, não vigora o sistema legal da *Common Law*, pois sempre esteve vigente a *Civil Law*, um dos principais sistemas legais do mundo, também conhecido como sistema jurídico romano-germânico, uma vez que se originou do antigo Direito Romano e se desenvolveu principalmente na Europa continental, especialmente nos países de tradição românica-germânica. A principal característica desse sistema é o positivismo, com a criação das normas que compõem o arcabouço legal de um país por meio de um processo legislativo e que têm aplicação obrigatória.

Logo, a *Civil Law* se destaca pela consolidação dos direitos e obrigações dos cidadãos nas diversas áreas jurídicas por meio de normas escritas, geralmente presentes em codificações legais, iniciadas com a legislação civil. Não apenas nessa sistemática, as leis procuram ser exaustivas e detalhadas, cabendo aos julgadores aplicá-las aos casos concretos trazidos para deslinde da mesma forma que aplicam a jurisprudência como argumento de autoridade e com emprego da analogia, sobretudo nos casos de omissões legais ou conflitos aparentes de normas. Nesse contexto, não obstante a existência de normas constitucionais e legais que disciplinam de forma exaustiva a execução da pena criminal, a instância máxima do Poder Judiciário brasileiro alterou, entre os anos de 2016 e 2019, o entendimento anterior, majoritariamente contrário à execução antecipada da pena criminal que havia se consolidado com a decisão paradigmática de 2009.

A partir desses eventos, tornou-se evidente o movimento ideológico que pretende levar o sistema judicial brasileiro a assumir um maior protagonismo e alterar o sistema legal, com vistas a permitir decisões em desacordo com as Leis e a Constituição. Contudo, como até o momento não houve essa alteração legislativa, o meio empregado é o discurso instituinte de crenças na população, com o claro objetivo de obter aprovação normativa e, assim, atingir o fim precípua, que é a redução dos direitos e garantias, a imposição de penas mais duras, e decisões judiciais mais rígidas.

Ocorre, porém, que a mudança de paradigma para permitir a prisão com a finalidade de iniciar a execução antecipada da pena gerou uma situação de insegurança social e jurídica no país por ser contrária à determinação legal contida no artigo 283 do CPP, bem como por ofender o princípio da presunção da inocência. Por esses motivos, a questão foi novamente apreciada no ano de 2019, e novo posicionamento foi adotado pelo STF no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Elas foram ajuizadas por partidos políticos e por entidades legitimadas para requerer ao STF que se manifeste sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas; nesse caso, o objeto foi o artigo 283 do CPP.

As decisões proferidas no âmbito do STF se materializam em acórdãos, que são um gênero textual que vai além do discurso proferido por um orador individual, pois se trata de um acordo entabulado por um colegiado, de forma unânime ou por maioria, e que, por fim, é redigido por um relator. Assim, não obstante expressar a individualidade de quem o redige, o acórdão é expressão da vontade da maioria do colegiado. Portanto, para que possamos analisar o discurso presente nas decisões judiciais, é necessário compreender melhor o gênero acórdão judicial

3.2 O acórdão judicial

O acórdão configura-se como um gênero discursivo próprio da linguagem jurídica. Tem natureza argumentativa e decisória, uma vez que encerra determinada etapa de um processo e se caracteriza por sua natureza marcadamente dialógica, por compor uma rede entremeada pelos discursos dos sujeitos envolvidos na tramitação do processo nas diversas instâncias da justiça

— acusação, defesa e julgamento, testemunhas, autores, réus. Ademais, é formado pelo discurso jurídico normativo — legislação —, pelo discurso jurídico científico — doutrina — e pelos outros discursos jurídicos decisórios que servem de paradigma, oriundos dos julgamentos produzidos em outros momentos e também por outros tribunais.

O discurso jurídico, expresso por meio de um acórdão da Suprema Corte, é decisório, imperativo e autoritário. Deriva do poder estatal, cuja capacidade é de modificar a situação jurídica e fática das pessoas, e expressa na linguagem particularidades ideológicas, em virtude das funções sociais abrangidas pelo direito. Desse modo, ainda que represente uma espécie discursiva com tipologia própria por ser delimitado pelas normas, é essencialmente persuasivo, pois se dirige a um auditório complexo e diversificado. Conforme afirma Perelman (2000, p. 29):

Desde a instauração, em 1790, da obrigação de motivar as decisões judiciais, é na motivação dos tribunais que encontraremos as melhores amostras da lógica jurídica. Esta é orientada pela ideologia que guia a atividade dos juízes, pela forma como eles concebem seu papel e sua missão, pela concepção deles do direito e pelas suas relações com o poder legislativo.

Logo, mesmo que contenha — explícita ou implicitamente — os discursos anteriores, proferidos pelas partes na tentativa de convencer os julgadores, o discurso jurídico decisório é autoritário, uma vez que se impõe sobre as outras vozes e, por meio de argumentos que lhe servem de fundamentos, expressa a força e os efeitos do poder. Dessa forma, estabelece uma verdade social por meio da ideologia manifestada na vontade do julgador. Além disso, expressa as relações de força entre as pessoas em determinada sociedade e em determinado momento histórico, com base em formações ideológicas resultantes das opiniões predominantes e concretizadas no emprego dos argumentos que se tornam dominantes, considerados verdadeiros para sustentar o discurso.

Com efeito, a decisão judicial proferida pela Suprema Corte se dirige a diferentes pessoas, em razão do próprio contexto e do propósito em que foi produzido o discurso. Assim, constituem o auditório todos aqueles que são considerados pelos oradores ao redigir uma decisão da Suprema Corte:

- a) As partes envolvidas no caso em julgamento, visto que o discurso jurídico decisório é, em primeiro lugar, direcionado às partes diretamente envolvidas na questão em julgamento, ao dizer o direito aplicado ao caso concreto, e apresenta a solução das controvérsias;
- b) Os profissionais do Direito, pois a decisão também se destina aos advogados, membros do Ministério Público, professores etc., serve de orientação e cria precedentes para casos futuros, de forma a contribuir para o desenvolvimento do Direito e da jurisprudência;
- c) Os Juízes e Tribunais inferiores, uma vez que a decisão da Suprema Corte serve como precedente para que os demais julgadores resolvam casos análogos futuramente apresentados;
- d) Acadêmicos e estudiosos do Direito, já que as decisões da Suprema Corte são frequentemente estudadas, analisadas e discutidas no âmbito acadêmico, na busca de compreender o raciocínio jurídico subjacente a elas, bem como de entender qual a contribuição do discurso proferido para o desenvolvimento do Direito.
- e) A sociedade em geral, pois, embora não seja o destinatário direto da decisão, inegavelmente, as decisões do STF refletem na sociedade e influenciam as relações sociais que a elas se seguem.

Portanto, ao analisamos o contexto do discurso jurídico decisório em um acórdão da Suprema Corte, observamos alguns aspectos que podem ser citados: a) o próprio contexto do discurso, uma vez que o significado das palavras e das frases advém do ordenamento legal sob o qual se procede à análise ou se estipula o comportamento do indivíduo; b) a situação discursiva: quem fala, de onde — lugar físico — se fala, com que finalidade e de que posição se fala, isto é, o lugar ocupado pelo sujeito do discurso; c) a situação jurídica no espaço político-social, ou seja, o contexto histórico em determinado momento e lugar. Esses aspectos contextuais se complementam, pois é necessário aquilatar os efeitos de sentido produzidos no contexto do discurso, na situação da elocução e no envolvimento político-social dos oradores, representados pelos ministros que proferem os votos.

Um acórdão no Supremo Tribunal Federal, a seu turno, não é fruto da construção de uma única pessoa, pois se trata de uma decisão coletiva proferida pelos ministros da Corte em um caso específico. Além do mais, em virtude de

parâmetros estabelecidos por lei, um acórdão deve seguir uma estrutura formal e técnica que expresse a natureza jurídica do documento. Ainda que em alguns deles se constate a existência de variações, em razão do estilo e das preferências de cada relator que redige o texto, o discurso expresso ostenta elementos comuns à sentença. Também é necessário conter uma ementa, isto é, uma espécie de resumo, uma síntese do caso.

Dessa maneira, é necessário que a sentença ou acórdão contenha os elementos estabelecidos pelo artigo 489 do CPC, a saber:

- a) Relatório: corresponde à introdução, que deve conter a identificação das partes, a questão ou questões trazidas a debate, para as quais se busca solução e um breve resumo dos fatos mais relevantes ocorridos durante o processo;
- b) Fundamentação: abrange a narração, a confirmação e a peroração. Nessa parte, os ministros analisam os argumentos apresentados ao longo do processo, bem como formulam os argumentos e os fundamentos jurídicos que servirão de base para a decisão. Pode conter alusões a dispositivos legais, à jurisprudência aplicável, a princípios de Direito e às doutrinas que tratam dos temas em debate.
- c) Dispositivo: contém a ordem específica do Tribunal e pode estabelecer as consequências da decisão, tais como a anulação de decisões anteriores e o reconhecimento da validade ou invalidade de alguma norma legal ou de atos administrativos. Ademais, determina a adoção de medidas para o cumprimento da decisão.

Nos julgamentos colegiados, o primeiro a declarar o voto é o relator e, na sequência, seguem-se os demais integrantes do Tribunal, que podem concordar com ele ou discordar. Logo, cada um formula os seus próprios argumentos e conclusões.

Encerrada a votação, apresenta-se uma decisão final do colegiado por meio de um acórdão que resume o resultado do julgamento e indica se o pleito formulado pela parte que recorreu ao STF em busca de solução para o caso foi contemplado com o provimento ou improvimento do recurso. Ou seja, se foi deferida ou indeferida, total ou parcialmente, a pretensão da parte.

Por regra, o discurso expresso em um acórdão do STF se caracteriza por uma linguagem técnica, com o emprego de jargões jurídicos, citações legais e

remissões a casos precedentes e segue os modelos normativos legais. Entretanto, emprega-se também a argumentação que expressa o raciocínio dialético, com o objetivo de comunicar uma conclusão, em resposta aos raciocínios formulados anteriormente pelas partes.

Estabelecido o contexto retórico e analisado o gênero discursivo pelo qual a decisão do STF se manifesta nos julgamentos colegiados, analisamos, a seguir, os acórdãos a respeito da execução antecipada da pena criminal.

4 AS DECISÕES DO STF A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

4.1 O posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena até 2009

Em termos globais, há três sistemas específicos sobre a execução da pena criminal. O primeiro deles vigora no direito norte-americano, conhecido como *plea bargaining*, segundo o qual a simples confissão derruba a presunção de inocência e já se procede à negociação sobre a quantidade da pena. Já o segundo defende que a presunção de inocência se desfaria com a condenação em dois graus de jurisdição. Por fim, o terceiro prevê que a presunção de inocência somente seria desconstituída depois do trânsito em julgado da condenação criminal, ou seja, depois de esgotados todos os recursos cabíveis.

O Brasil adotou o terceiro sistema, por força do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Segundo dita a regra inserida na CF: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Brasil, 1988). Entretanto, há na legislação a previsão de execução provisória da pena caso o acusado esteja preso em razão de flagrante delito ou de prisão cautelar ou provisória — também chamada de preventiva — ambas decretadas em situações nas quais lei estabelece ser necessária a existência de razões específicas para que sejam empregadas. Dessa forma, os períodos em que os acusados estiveram presos contam para fins de execução definitiva se, ao fim da ação, forem condenados.

Não obstante a inserção da presunção de inocência no capítulo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, assim como a determinação de que a sentença penal somente será executada depois de passar em julgado a sentença, conforme regramento previsto no artigo 669 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), até 2009, a jurisprudência permitia a execução provisória da pena depois da condenação em segundo grau de jurisdição. Esse entendimento perdurou até o ano em questão, quando o STF modificou o seu entendimento a respeito do tema.

4.2 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena depois de 2009

O primeiro voto em análise foi lavrado pelo Ministro Eros Grau, relator do HC nº 84.078/2010. O referido voto foi vencedor no julgamento realizado na data de 05 de fevereiro de 2009. Com a decisão, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.

Assim, a questão em debate é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução antecipada da pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, como forma de punição à prática de crimes apurados em processos que ainda não foram concluídos. É o que se vê no quadro a seguir:

Quadro 01: Hipótese 1

Questão	Resultados
Constitucionalidade da execução antecipada da pena criminal	<ul style="list-style-type: none"> • Relativização do princípio da presunção de inocência; • Prevalência do princípio da presunção de inocência.

Fonte: Elaboração própria.

Estabelecida a questão, duas hipóteses a respeito da presunção de inocência foram postas em conflito pelo relator do HC em análise. A primeira delas é a que defende a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, mas depois da manutenção da condenação em decisão de segunda instância. A segunda, é a que entende não haver autorização legal para que se inicie o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, diante do princípio da presunção de inocência, bem como das disposições infraconstitucionais a respeito da execução da pena criminal.

A ementa do julgamento realizado, foi assim redigida:

EMENTA: *Habeas Corpus*. inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" . art. 5.º, 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 [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação 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 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.

Nessa redação, de início, podemos notar o direcionamento da posição do STF, explicitada pelo emprego da modificação semântica no sentido da execução da pena criminal. Com efeito, ao afirmar que a execução penal antecipada é inconstitucional, o relator empregou o termo a “chamada execução antecipada da pena”, ou seja, alude a um termo não empregado na linguagem jurídica normativa para se referir à espécie de execução não prevista em Lei, pois o que consta dos discursos decisórios e científicos é a execução provisória da pena. Assim, para que não se confunda a autorizada execução provisória com o que de fato é defendido pelos autores da expressão “prisão em segunda instância”, o relator modificou o termo, a fim de expressar o que representa realmente: “execução antecipada da pena criminal”.

A estrutura esquemática do discurso já delinea o posicionamento do relator. Isso porque, até aquele momento, prevalecia o entendimento de que era possível iniciar o cumprimento de pena criminal antes que a sentença tivesse transitado em julgado.

No voto, conforme o tipo normativo previsto para o discurso jurídico decisório, o relator Eros Grau apresentou o caso e informou tratar-se de julgamento de HC contra decisão do STJ, que entendeu não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo. Em seguida, elencou as imputações da prática de crimes ao paciente do HC, bem como os andamentos processuais até aquele momento.

Informou, ainda, que, diante da interposição de recurso especial e extraordinário nas instâncias extraordinárias, o MP requereu a prisão preventiva decretada. Da decisão que concedeu a prisão preventiva, foi impetrado HC com a pretensão de revogá-la, tendo sido concedida a liminar pelo Ministro Nelson Jobim. Na sequência, o relator esclareceu que o objeto do HC se restringia ao

reconhecimento da inaptidão da prisão preventiva, e não à execução antecipada da pena.

Em seguida, o relator apontou que a base empírica de sustentação para a prisão preventiva decretada era a condenação antes do trânsito em julgado, argumento rechaçado pelo Ministro Nelson Jobim. Ademais, afirmou que “o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena”. Com essa indicação, delimitou a questão e as hipóteses ao esclarecer que o debate se trava em torno da execução penal antes do trânsito sentença.

Para melhor esclarecer, ilustramos o silogismo jurídico a respeito da questão e a hipótese que é defendida pelo relator do voto:

Quadro 02: Silogismo Jurídico 1

Premissa Maior	Premissa menor	Conclusão
A decisão não transitou em julgado	Princípio Constitucional da presunção de inocência	Impossibilidade da execução antecipada da pena criminal

Fonte: Elaboração própria.

Notamos, de imediato, o *logos* no discurso decisório com a exposição dos argumentos dispostos no corpo discursivo. A lógica se expressa por meio da formação de silogismos próprios da esfera jurídica, que considera o trinômio fato, valor e norma, com a preponderância das premissas legais e o desenvolvimento da argumentação com fundamentos em lugares retóricos.

Assim, o orador tem, como ponto de partida, a menção direta ao artigo 637 do CPP, que servia de fundamento para autorizar a execução antecipada da pena criminal e para rever o entendimento adotado até então. A referida disposição legal, que sustentava a tese então prevalecente, estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, portanto, não existiria óbice ao cumprimento antecipado da pena criminal que havia sido imposta por Tribunal de Segunda Instância e, uma vez arrazoados os recursos pelo recorrido

e os autos trasladados, os originais baixarão à primeira instância para execução da sentença.

É fato que existe essa disposição legal no sentido de não se conferir o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, evocada como fundamento para a execução antecipada da pena criminal. Contudo, ao ser questionada essa tese, essa normativa deixou de ter estatuto privilegiado porque outras a ela se opuseram com o fim de refutá-lo, especialmente o artigo 5º da CF. Nessa perspectiva, o relator demonstra a incompatibilidade do enunciado para não emprega-lo, em nome da coerência e racionalidade jurídica.

Conforme o esclareceu o relator, a Lei das Execuções Penais¹⁵ condicionou a execução da pena privativa da liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Da mesma forma, a Constituição Federal considerou o reconhecimento da culpabilidade somente depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e ambas as disposições são posteriores e se sobrepõem temporal e materialmente à disposição do artigo 637 do Código de Processo Penal, fundamento empregado pelas decisões anteriores para permitir a execução antecipada da pena criminal.

Para concluir, o relator afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar. Nota-se aqui o emprego argumentativo do lugar da ordem, em que o posterior é superior e preferível ao anterior, o que demonstra a justificação dos valores por meio da hierarquia das normas, conforme expressa o quadro abaixo:

Quadro 03: Tipo de lugar 1

Superioridade máxima	Superioridade regular	Inferioridade
Constituição Federal	Lei nº 7210/84	Artigo 637 do CPP

Fonte: Elaboração própria.

Aludiu o relator, ainda, ao fato de que, quando se trata das penas restritivas de direitos, as duas turmas da Corte Suprema já interpretavam o artigo 147 da Lei de Execução penal conforme a Constituição e afastavam a possibilidade da execução antes do trânsito em julgado da sentença, conforme as decisões por ele referidas no texto do acórdão. Recorreu, dessa maneira, ao

¹⁵ Lei n. 7.210/84.

argumento de autoridade. Logo, de forma implícita, estabeleceu, como implicação semântica, uma relação proposicional implícita no discurso, no sentido de que somente no caso da pena de prisão provisória é que se relativizaria o princípio da presunção de inocência.

Inicialmente, o relator do acórdão buscou argumentos no lugar da qualidade para apontar que, se é vedada a pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, maior razão existiria em se coibir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, por ser mais grave, com ofensa ao artigo 5, LVII, da CF. Ademais, essa prática adotada pelo Tribunal violaria o princípio da isonomia na aplicação do Direito de modo desigual a situações equivalentes.

Apontou, ainda, que de nada valeria a Constituição se a Corte permitisse que alguém viesse a suportar a imediata execução da pena, o que equivale a ser considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. De forma expressa, buscou reduzir a credibilidade daqueles que têm posicionamento contrário, com vistas a descredibilizar o *ethos*, por meio dos seguintes dizeres:

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STF, 2009).

Ora, quem não tem o juízo perfeito é considerado louco. Portanto, emprega-se o argumento *ad hominem*, apoiado em um lugar comum, para atingir a imagem dos adversários da tese defendida. Com o mesmo propósito, adverte-se que a conclusão contrária somente seria possível para alguém que é desafeto da Constituição. A expressão “desafeto da Constituição” é utilizada com a figura da repetição por quatro vezes, com base em argumento de autoridade ao se mencionar que a origem da expressão vem do jurista Geraldo Ataliba. Além disso, Grau reafirma que “apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (STF, 2009). O ministro também buscou suporte em Rogério Lauria Tucci, que defendeu a decretação de prisão provisória aos acusados apenas nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

Argumentou, ainda, que a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, pois, se é ampla, não pode abranger apenas algumas das fases processuais e não outras. Além do mais, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação restringiria o direito de defesa, o que caracteriza o desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão.

Para fins de discernimento do posicionamento assumido, distinguiu a oposição ideológica entre o que se convencionou denominar garantismo e o punitivismo. Assim, o primeiro posicionamento ganhou força na década de 1980 quando se realizou a reforma penal no Brasil no ano de 1984. Nessa década, houve avanços do “garantismo” quando a Lei de execução penal passou a exigir o trânsito em julgado para a execução da sentença condenatória, também com o advento da Constituição de 1988, que adotou o princípio da presunção de inocência. O segundo posicionamento foi privilegiado com a produção legislativa da década de 1990, com a supressão do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, bem como a criação da prisão provisória, período caracterizado pelo “repressivo insano, e pelo excesso de criações punitivas”¹⁶

De acordo com o relator, as reformas na execução penal de 1984 e a disposição dos princípios na Constituição de 1988 conferiram concreção ao princípio da presunção de inocência. Em seguida, argumentou com a autoridade apontada do Ministro César Peluzo, no sentido de ser irrelevante questionar se a Constituição consagra ou não a presunção de inocência, pois o que importa é o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Indicou que esse quadro sofreu alteração com o advento da Lei 8.039/90, que estabeleceu o recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo e não suspensivo. Defendeu que esse regramento é expressão de uma *política criminal vigorosamente repressiva*, instalada com a

¹⁶ Leis n.º 7.960/90, 8.038/90 e 8.072/90.

instituição da prisão temporária pela Lei nº 7960/90 com a edição, logo em seguida, da Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

O relator empregou o lugar da ordem como principal fonte argumentativa e, como expressão do *logos* do discurso jurídico, criou silogismos que apontam a legislação de regência sobre a questão em debate, com apontamentos do que entende ser superior, com base no lugar da qualidade.

Com essas assertivas e com o emprego do lugar da essência na argumentação, ao defender claramente a superioridade da Constituição positivada, em contraposição às criações metajurídicas e pós-positivistas, que buscam relativizar as normas constitucionais, demonstrou um *ethos* próprio de correção e senso de justiça. Em sentido oposto, expôs um *ethos* agressivo, com a nítida intenção de criar um *ethos* negativo daqueles que defendem a tese oposta à que propõe como correta.

A negatividade, que o relator apontou no *ethos* daqueles que divergem, tem também a função de comover o auditório. Por sua vez, além de demonstrar o *ethos* próprio baseado no que é justo, assenta-se em valores e busca de aprovação ou o "reconhecimento". Para tanto, procura comover o auditório ao trazer o sofrimento expresso das pessoas que eventualmente pagarem por crimes antes do trânsito em julgado das condenações.

Evocou também um contexto próprio de momento histórico anterior ainda vívido na memória do país, que se baseava em repressão extrema sem garantias legais a quem fosse acusado de conduta desviante, fruto de ideais e crenças que vicejaram entre os anos de 1964 e 1988. Tal contexto se alterou quando foi promulgada a Constituição Federal vigente.

O relator fundamentou que a prisão temporária, a restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e a punição exemplar, sem qualquer contemplação nos "crimes hediondos", expressam muito bem o seguinte pensamento de Evandro Lins e Silva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente" (Silva, 1997, p. 219)¹⁷.

Afirmou, ademais, que "essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe

¹⁷ 1Silva, Evandro Lins e. O salão dos passos perdidos, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.997, pág. 219..

dos torpes delinquentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem” (STF, 2009) e que a antecipação do cumprimento da pena criminal se justifica em nome da conveniência dos magistrados. Aqui, efetivamente atribui o caráter de criminosos aos que sustentam a tese oposta e usa, como argumento de autoridade, um trecho escrito por jurista de capacidade reconhecida, do qual emana um *ethos* de respeitabilidade

Do mesmo modo, referiu-se à alegação dos defensores da execução antecipada da pena no sentido de que o STJ e o STF serão inundados por recursos e que ninguém mais será preso. Isso pode ser apontado como “jurisprudência defensiva que amputa as garantias constitucionais, e que a operacionalidade do STF não pode ser obtida a esse preço”.

A seguir, em mais um argumento de autoridade, o relator apontou como paradigma um voto do Ministro Lewandowski no recurso extraordinário número 482.006, no qual se debateu a respeito da constitucionalidade de um preceito de Lei do Estado de Minas Gerais que previa a redução de remuneração de servidores que respondiam a processo, acusados da prática de crime funcional. No referido recurso, Lewandowski afirmara que admitir a redução dos vencimentos antes do trânsito em julgado da condenação validaria a antecipação de pena. Nesse momento, o relator empregou na argumentação uma figura de comparação para introduzir o sentido a respeito dos valores em disputa no julgamento.

Mais especificamente, empregou a analogia e, com suporte no lugar da qualidade, advertiu que a liberdade pessoal é muito mais importante do que a questão patrimonial, e não seria justo exigir o trânsito em julgado para reduzir vencimentos, mas dispensá-lo para autorizar a prisão de pessoas. Além do mais, deixou implícito o posicionamento no sentido de que os valores predominantes na sociedade tendem a privilegiar os bens materiais, em detrimento da liberdade e dignidade do ser humano.

Eros Grau ressaltou que, no julgamento análogo mencionado, a Corte decidiu por unanimidade pelo não acolhimento do preceito da Lei Estadual mineira, sob o fundamento da impossibilidade da antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao trânsito em julgado. Ademais, salientou que, se a Corte prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da

garantia da propriedade, não a deve negar quando se trata da garantia da liberdade, e complementou: “mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas” (STF, 2009). Claro está o posicionamento ideológico em defesa dos direitos da classe menos privilegiada, que constitui a maioria da população e deveria ter os seus direitos e garantias previstos na Constituição devidamente respeitados pelo Estado.

O ministro concluiu que, nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito e não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais. Isso porque, como pessoas, inserem-se como beneficiados na previsão constitucional do direito à dignidade.

Nesse voto, expressa-se, ainda mais, o posicionamento adotado pelo relator a respeito de questões sociais com o duro ataque aos defensores da relativização do princípio constitucional da presunção da inocência. Igualmente, embora de forma muito resumida em razão da própria normatividade do discurso jurídico decisório, não deixou de apontar os fundamentos da sua opinião, que é *endoxa*, ao discorrer sobre a questão da propriedade, que é mais ligada às elites econômicas e tem mais prestígio do que a liberdade humana. Reafirmou, assim, que a ameaça à liberdade pessoal atinge de modo mais efetivo as pessoas das classes subalternas, isto é, os mais pobres.

Portanto, de modo implícito, essas considerações trazem a crença — *doxa* — ,existente em uma parcela considerável da população, de que o excesso de punitivismo não é suficiente para solucionar os problemas da segurança pública, sem a consequente solução das questões econômicas e a adoção de políticas públicas para a redução das desigualdades sociais. No sentido contrário, a crença — *doxa* — de outra parcela da população, segundo a qual a solução da segurança pública será mais efetiva com respostas mais duras à violência, com o emprego de mais violência, mais autoritarismo e menos direitos, além do endurecimento de penas e desrespeito às garantias, transforma-se em *endoxa* que se revela no posicionamento adotado pelos julgadores em numerosos casos análogos. Esse entendimento foi combatido de forma vigorosa pelo Ministro Eros Grau no voto ora analisado, mediante um discurso elaborado com o firme propósito de criar um *ethos* negativo nos defensores daquela outra tese.

Constatamos que o relator do voto examinado empregou os argumentos de autoridade ao buscar lastro em decisões anteriores daquela corte, bem como em juristas que expressam um *ethos* de credibilidade e respeitabilidade. Utilizou também o argumento *ad hominem* ao criticar, de forma veemente, os que se opõem à tese por ele defendida, equiparados a criminosos. Com isso, influenciou a percepção do auditório quanto aos *ethos* dos adversários.

O apelo ao *pathos*, nesse discurso decisório, revelou-se principalmente mediante o emprego dos lugares da ordem e da qualidade, com a clara intenção de incutir o temor na mente do auditório normativo, assim considerado o povo. De fato, a argumentação toda foi dirigida para criar no auditório a impressão de que o descumprimento da Constituição Federal, notadamente a negativa de aplicação dos Direitos e Garantias Individuais, pode resultar na ausência de freios aos que exercem o poder, o que expõe toda a população a atitudes arbitrárias, especialmente a mais vulnerável economicamente e com fomento à instabilidade institucional.

Além do mais, despertou o sentimento de piedade ao trazer a lume o possível sofrimento daqueles que, se forem presos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, e caso restar não convalidada a condenação criminal, não teriam como recuperar o tempo perdido na prisão, e os prejuízos seriam irreparáveis. Demonstrou também, embora de forma implícita, por meio de eufemismos na redação, a ira e a indignação contra os defensores da tese oposta, a fim de persuadir o auditório a se indignar contra a injustiça, a ausência de garantias e o posicionamento daqueles que presume serem arbitrários.

Por sua vez, a *doxa* — evidenciada na opinião do povo, principalmente na parcela da população com menor capacidade econômica, no sentido de que os mais pobres estão mais vulneráveis a sofrer a violência estatal —, decorrente do arbítrio e da ausência de garantias e obediências às normas legais, transformou-se em *endoxa*. Esta última foi expressa na voz autorizada do Ministro Eros Grau, redator do voto vencedor no julgamento a respeito da execução antecipada da pena no ano de 2009.

A análise desse voto revela a observância da denominada racionalidade jurídica que evidencia o *logos*, com o estabelecimento da questão de forma generalizada, isto é, a prisão dos acusados de crime para a execução da pena antes que transitasse em julgado a condenação. A hipótese principal, por sua

vez, é a impossibilidade dessa prisão em razão de ofensa à garantia constitucional do princípio da presunção da inocência

Com base nessa racionalidade, o ministro estabeleceu, como premissa maior, o fato consistente na prisão antes da condenação definitiva e, como premissa menor, a previsão constitucional e das normas de regência. Desse modo, elaborou um juízo de valor a respeito da aplicabilidade dessas regras legais para posteriormente concluir que o ordenamento jurídico não autoriza a execução antecipada da pena.

Quanto ao *ethos*, o relator do voto em análise empregou argumentos que conduzem o auditório normativo a identificar os defensores da tese que sustenta a prisão para execução antecipada da pena criminal com pessoas equivalentes aos criminosos, com vistas a solapar as bases da segurança jurídica, bem como desprezar e menosprezar as leis e a Constituição Federal. Assim, o auditório, ao aceitar a tese contrária, identifica-se com essas pessoas.

Notamos o apelo ao *pathos* ao direcionar o discurso para o auditório normativo geral, assim considerado o povo, de forma a criar a emoção e levar ao temor da inaplicabilidade da norma maior do Estado. Com isso, destaca-se a insegurança jurídica e social, ante a corrosão das bases que sustentam o Estado, que é a aplicação da Constituição Federal.

O relator buscou ainda alterar as opiniões advindas do senso comum, que expressam as crenças segundo as quais a violência se combate com mais violência e a redução dos direitos e garantias individuais, adicionada de maior rigor do sistema repressivo estatal, com excesso de punibilidade, é a solução para a insegurança jurídica. Assim, adotou-se a opinião contrária, que expressa a crença de que o caminho para a segurança jurídica é a observância das regras e das normas que representam a maioria do povo, por se originar do parlamento eleito democraticamente.

Dessa forma, transformou em *endoxa* — que é a opinião especializada e autorizada do ministro do Supremo, relator do acórdão — a opinião de grande parte do auditório, no sentido de que, somente em um Estado democrático de Direito, com respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas, arduamente conquistadas, é possível viver em uma sociedade organizada.

Para tal atingir esses objetivos, é necessária a adoção de políticas públicas na esferas sociais e de segurança pública que conduzam a uma

convivência pacífica. O quadro a seguir demonstra como a opinião comum - *doxa*) – no sentido de estar a Constituição Federal acima de todas as demais normas e cuja observância é obrigatória, expressa-se como opinião especializada - *endoxa* - no discurso decisório por meio de argumentos que movem o *pathos*, os quais refletem os valores do auditório:

Quadro 04: Transmutação *doxa* em *endoxa* – prova intrínseca - valores

<i>Doxa</i>	<i>Endoxa</i>	<i>Pathos</i>	Valores
A Constituição Federal é a Lei Maior e deve ser cumprida	Necessidade de reeducação dos apenados.	Benevolência, compaixão	Estabilidade jurídica
	Tratar os problemas na origem e não com as consequências	Confiança	Disposições constitucionais como garantia de estabilidade social.
	Respeito aos direitos e garantias fundamentais	Temperança	Democracia

Fonte: Elaboração própria.

Em relação à fonte dos argumentos, o relator buscou os principais no lugar da ordem e da qualidade. Ademais, fundamentou-se na autoridade consistente em julgamentos anteriores e doutrinadores de renome, conforme exemplifica o próximo quadro:

Quadro 05: Tipo de lugar 2

Lugares	Frase
Ordem	“[...] os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente , ao disposto no artigo 637 do CPP”.
Qualidade	“Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade — indubitavelmente mais grave — enquanto não sobrevier título condenatório definitivo”.

Fonte: Elaboração própria.

Além disso, o relator usou os seguintes tipos de argumentos:

Quadro 06: Tipo de argumento 1

Tipo de argumento	Frase
Autoridade	“[...] ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional , com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado”.
Autoridade	“ Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI , meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco [...]”.
Ad hominem (implícito)	“ Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...]”.
Autoridade (itálico) e Ad hominem (negrito)	“[...] — <i>lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam suportar apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição</i> admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição ”.
Autoridade (itálico) e Ad hominem (negrito)	“[...] <i>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’.</i> Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como “ estirpe dos torpes delinquentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem [...] ”.
Autoridade	“ [...] crítica de ALBERTO SILVA FRANCO ao primeiro aplica-se ao segundo: ‘É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal’[...].”.
Causa e consequência (itálico); comparação (negrito)	“ <i>Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado — e ser culpado equivale a suportar execução imediata</i> de pena — anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Fonte: Elaboração própria.

Quanto ao posicionamento ideológico contrário à postura autoritária, ele se expressa por meio da assertiva: “Não basta a denúncia da postura autoritária, é necessário o seu desmonte implacável” (STF, 2009). Para atingir o objetivo proposto, o relator sugeriu que os juízes tenham a coragem de ser indiferentes à pressão dos meios de comunicação social — *doxa* —, pois a produção legislativa dos anos 1990 é francamente reacionária.

Com essa referência, atacou o *ethos* dos defensores da tese contrária e os compara aos inimigos da democracia, que são autoritários, opressores e

contrários às causas populares. Nesse ponto, resta implícita a imputação de que os legisladores, ao criar as normas autoritárias, e os julgadores, ao interpretá-las contrariamente ao que dispõe a Constituição, transformaram a *doxa* em *endoxa*, pois colhem-se as opiniões da massa transmutada em opiniões abalizadas.

O relator, então, concluiu que essas autoridades tomam para si opiniões sem lastro em conhecimento científico e se equiparam àqueles que defendem punição apenas como vingança. Isso ocorre “na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas — a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários” (STF, 2009).

Evidencia-se, com isso, o apelo ao *phatos* para despertar no auditório a comoção ao comparar a criminosos aqueles que pretendem impor sofrimento exagerado aos acusados. Ademais, suscita o temor da insegurança ao advertir sobre a necessidade do respeito à Constituição, como norma máxima de organização do Estado, garantidora dos direitos coletivos e individuais.

A partir desse ponto, o relator reforçou a referência à *doxa* e apontou que, em certos momentos, a violência se integra ao cotidiano da sociedade e reaviva a menção ao discurso instituinte, por meio do qual os grupos fomentam crenças, especialmente com emprego dos meios de comunicação que objetivam consolidar uma opinião popular favorável ao punitivismo. Em seguida, pontuou: “nestes momentos, a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sob a premissa de que todos são culpados até prova em contrário” (STF, 2009).

Encaminhou-se, assim, o voto para a conclusão e, não obstante a forma menos enfática, persistiu no apelo ao *ethos* do orador com menções a decisões e a lições de juristas renomados que foram seus colegas de faculdade. Quanto ao *ethos* dos adversários, buscou diminuir a credibilidade dos posicionamentos que expressam no discurso ao compará-los com pessoas de má índole e defensoras do autoritarismo ou desafetos do garantismo.

Na peroração, conduziu o discurso para a resolução da questão e da hipótese defendida, com o emprego efetivo do *logos* no discurso jurídico decisório. Para tanto, formulou o silogismo jurídico com base nos entimemas e sobejou na menção aos dispositivos legais, apoiado nos argumentos de autoridade provindos da própria Corte Constitucional, bem como nas lições dos

renomados doutrinadores, a fim de chegar à conclusão lógica jurídica da questão posta em debate, isto é, a proibição da execução antecipada da pena criminal por inconstitucionalidade do ato.

Com o apoio da maioria do STF, que seguiu o voto do relator, o referido HC foi aprovado, mas, como se tratava de decisão não proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade de leis ou de atos normativos federais, a decisão não teve efeito vinculante. Por conseguinte, o posicionamento adotado não teve necessariamente a obrigatoriedade de ser seguido¹⁸. Essa condição levou à alteração de posicionamento, com prevalência do entendimento contrário a partir de julgamento realizado no ano de 2016, conforme veremos a seguir.

4.3 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena depois de 2016

No julgamento do HC 126.292, realizado em 17 de fevereiro de 2016, do qual foi relator o Ministro Teori Zavascki, o STF alterou a posição anteriormente adotada que reconhecia a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

O acórdão foi ementado da seguinte forma:

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. *Habeas corpus* denegado (STF, 2016).

Na redação da ementa, foi empregado o termo “execução provisória de acórdão” para se referir, de fato, à execução antecipada da pena. Ao contrário do voto anteriormente examinado, que representava entendimento oposto, o ministro Zavascki, relator do voto em foco, utilizou a modificação semântica com variação de elemento léxico para expressar opinião ideológica real, consistente

¹⁸Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/guia-juridico/efeito-vinculante#:~:text=As%20decis%C3%B5es%20definitivas%20de%20m%C3%A9rito,Judici%C3%A1rio%20e%20pelo%20Poder%20Executivo.10/11/2021>

no entendimento de que deveria haver execução provisória da pena depois de proferido acórdão condenatório em grau de apelação.

Destaca-se, de início, que essa proposição semântica tem o significado real de antecipação da execução penal antes do trânsito em julgado da condenação, como foi anteriormente empregado pelo Ministro Eros Grau, uma vez que não há previsão legal para essa espécie de execução. Ao contrário, a decisão lastreada na proposição afrontou os dispositivos legais vigentes à época em que foi proferida, especialmente o princípio constitucional da presunção da inocência e a legislação penal infraconstitucional, notadamente o artigo 283 do CPP, segundo o qual o início da execução penal somente se procederá depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em contrapartida, não existe, no ordenamento jurídico, a espécie da “execução penal de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”, ainda que pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário. Por isso, a expressão “não compromete” teve a função de substituir os termos “descumprir, desrespeitar, ofender, negar vigência”, que efetivamente é o que significa o ato de prender em descumprimento do que determina o princípio da presunção de inocência, previsto como cláusula pétrea da Constituição Federal.

De fato, a execução provisória de pena criminal prevê o aproveitamento, pelo réu, do tempo que ficou preso antes do trânsito em julgado, em virtude de prisão em flagrante ou de prisões cautelares, como a preventiva e a provisória. Nesses casos, justifica-se ser considerada execução provisória da pena criminal, pois, se ao fim, o acusado for condenado, conta-se o tempo em que esteve recolhido à prisão como cumprimento da pena tornada definitiva pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, o resultado efetivo do julgamento do recurso não se referia à “execução provisória da pena criminal” na forma como o termo é empregado na linguagem jurídica, mas, efetivamente, o que se decidiu ao final no julgamento do HC foi a autorização para prender o paciente a fim de executar antecipadamente a pena. Portanto, foi autorizada a execução criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória de réus que, durante o processo, estavam soltos e tiveram a condenação criminal efetivada depois de acórdãos proferidos sem segunda instância judiciária.

Na sequência da redação, empregou-se, ainda, a seguinte expressão: “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Mais uma vez, trata-se de proposição semântica utilizada com o nítido propósito de ocultar o verdadeiro sentido da decisão. Por esse motivo, foi utilizado o termo “não compromete” como eufemismo para justificar o real significado da decisão, isto é, a não aplicação do princípio da presunção de inocência.

Como é próprio do gênero “acórdão”, o voto em análise se iniciou com o relatório, elaborado de forma sucinta. Informou-se que, em 05 de fevereiro de 2015, o mesmo relator havia deferido pedido liminar para suspender a prisão preventiva decretada e que o HC tinha como pedido o direito de recorrer em liberdade. Ademais, que a PGR havia concordado com o pedido.

Concluído o relatório, e depois de um breve exórdio a respeito do cabimento ou não do HC, o relator estabeleceu a questão em debate, dividida em duas proposições: a) o alcance do princípio da presunção da inocência; e b) a busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. Como elemento de ligação, empregou o termo “aliado à”.

A questão proposta é paradoxal e expressa a ideologia e os valores do julgador na justificada “necessidade de efetividade da função jurisdicional penal”. A reflexão sobre o princípio da presunção da inocência “aliado” à necessidade de efetividade na aplicação da pena, de fato, é uma expressão semântica que demonstra uma escolha previamente existente no modelo mental que determina a opção entre a aplicação do princípio da presunção da inocência ou a aplicação imediata da pena às pessoas acusadas de praticar condutas desviantes das regras postas pelos poderes constituídos.

Assim, podemos demonstrar a questão e a hipótese:

Quadro 07: Hipótese 2

Questão	Resultado
Aplicação do princípio da presunção de inocência	Relativização do princípio. Efetividade da função jurisdicional penal

Fonte: Elaboração própria.

No discurso jurídico decisório, é necessário o estabelecimento das premissas para que se obtenha uma conclusão que expresse uma racionalidade, ainda que própria do julgador. Dessa forma, o relator explicitou questão que envolve os valores caros aos acusados (princípios da presunção de inocência, da liberdade e dignidade humana) e os princípios caros à sociedade, qual seja, a mencionada efetividade jurisdicional expressa na aplicação da pena criminal, mediante discurso de poder efetuado a partir das crenças socialmente aceitas.

Portanto, na formulação da questão e no estabelecimento da hipótese, o relator já apontou uma escolha entre o princípio da presunção de inocência inserido na Constituição Federal e a cobrança ideológica de parte da sociedade que exige punição imediata aos “criminosos”, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado das ações penais. Isso mostra que se sujeitou à *doxa* de grande parte da população e, com a decisão, pretendeu oferecer a resposta exigida por grupos que atacam os direitos humanos.

Estabelecidas a questão e a hipótese, o relator buscou fundamentar o voto com privilégio do *logos*. Com isso, pretendeu reforçar no auditório a ideia de privilégio da “racionalidade jurídica” por meio de uma digressão histórica para mencionar que a “execução provisória” já era autorizada pela jurisprudência anterior a 2009, pois a “superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”.

Como justificativa, usou o argumento por analogia e citou julgados anteriores realizados pelo STF, que decidiram pela aplicação da execução antecipada da pena criminal como mostra o seguinte quadro:

Quadro 08: Tipo de argumento 2

Tipo de argumento	Frase
Autoridade	<ol style="list-style-type: none"> 1. “[...] esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível [...]”. 2. “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997)

Fonte: Elaboração própria.

Empregou, ainda, o argumento por analogia ao buscar fundamento nas súmulas 716 e 717 do STF, que tratam da aplicação da execução provisória da pena. Contudo, além de existir regramento legal, o que por si só já afastaria o emprego da analogia, mais afeita aos casos de omissão legislativa ou jurisprudencial, as referidas súmulas se aplicam a casos diversos daquele que está em julgamento, pois se aplicam a quem já se encontra preso provisoriamente em razão de flagrante ou preventivamente, a fim de aproveitar esse tempo de cumprimento da pena depois de condenado.

Trata-se de uma analogia indireta e incabível, visto que a execução provisória da pena tem algumas propriedades da execução penal, a saber, o tempo de prisão em virtude do fato julgado. Por isso, as súmulas preveem que pode haver execução provisória específica para aproveitamento do tempo de prisão já cumprida antes da condenação.

Assim, de forma indutiva, o ministro pretendeu inferir, das propriedades da execução provisória, a propriedade da execução antecipada da pena, que não pertence ao mesmo tipo jurídico apreciado, ou seja, a execução da pena sem a devida condenação. Isso se faz por meio do argumento por analogia e do raciocínio indutivo, conforme mostra o quadro a seguir:

Quadro 09: Tipo de argumento 3

Tipo de argumento	Frase
Analogia	"Não há norma que regulamente o aproveitamento do tempo que o acusado esteve preso antes da condenação, mas tem as súmulas 716 e 717 do STF".
Indução	"Pode haver antecipação do cumprimento da pena com base nas súmulas 716 e 717 do STF".

Fonte: Elaboração própria.

O posicionamento adotado a partir desse acórdão diverge daquele adotado pelo STF na decisão proferida em 2009. E para dar mais ênfase e revestir de autoridade o novo entendimento, Zavascki referiu-se à alteração de posicionamento como um retorno à "tradicional jurisprudência". Portanto, filiou-se, ao lado dos demais ministros do STF que seguiram o voto do relator, ao "tradicional" entendimento de que o Estado deve endurecer o tratamento dado aos acusados de crime

Essa referência mostra um *ethos* conservador tradicionalista e virtuoso, por meio do qual o relator procura despertar no auditório os sentimentos de confiança e esperança, o que revela o apelo ao *pathos* no discurso. Para conferir maior credibilidade ao posicionamento, mencionou os precedentes nos quais as turmas do STF decidiram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

Com essa expressão, fez-se um discurso instituinte para fomentar no auditório a ideia de que a antecipação da execução é, na verdade, execução provisória da pena até a confirmação da condenação — presumivelmente certa — para que a execução se torne definitiva. Desse modo, transformou a frase em discurso dominante com o fito de consolidar o posicionamento no sistema de crenças sociais e, portanto, em ideologia dominante.

Nesse ponto, o relator aludiu ao julgamento do HC 84.078-MG, que julgou inconstitucional a execução antecipada da pena criminal: “assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação”. Notamos que não havia como empregar aqui o termo execução provisória, pois não se tratava de execução provisória nos termos jurídicos da expressão. Por esse motivo, o ministro empregou “a execução da sentença antes” para se referir à “execução antecipada da pena criminal”.

Com esses fundamentos, estabeleceu o silogismo jurídico formulado nos seguintes termos:

Quadro 10: Silogismo jurídico 2

Premissa maior	Premissa menor	Conclusão
A presunção de inocência é relativa	É necessária a punição como exemplo	Devemos relativizar o princípio constitucional

Fonte: Elaboração própria.

Devidamente fundamentado o *logos* do discurso, o relator passou a interpretar o princípio da presunção de inocência e, já de início, ao tratar da forma como se nomeia o princípio, inseriu entre parênteses o termo pelo qual os defensores do punitivismo penal elaboram a proposição semântica para justificar a relativização da presunção de inocência. Com o emprego de um

eufemismo, alterou-se o termo “princípio da presunção de inocência para “presunção de não culpabilidade” com a clara intenção de dar o sentido de o culpado não é inocente, e a única presunção que resta é ser culpado, o que afasta a garantia legal.

No entanto, é notório o esforço de manter o *ethos* de credibilidade do relator com a finalidade de se justificar e passar a impressão ao auditório de que se respeita o princípio relativizado pela decisão. Na sequência, Zavascki passou a discorrer a respeito da presunção de inocência no direito brasileiro, desde que foi inserido na Constituição Federal de 1946, em virtude da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, até a positivação na Constituição de 1988.

Assim, afirmou que a presunção de inocência é um verdadeiro postulado civilizatório e que “a implementação da nova ideologia no âmbito nacional” agregou parâmetros para efetivação do modelo de justiça racional, pois refletiu na criação e normas que garantem o devido processo legal e a garantia da ampla defesa. A longa fundamentação tem a pretensão de apontar uma série de garantias e elementos processuais diversos, que efetivamente não decorrem do mesmo princípio ofendido, tais como questões sobre o ônus da prova e outros mais que preservam a liberdade das pessoas; tudo com o fim de argumentar e persuadir o auditório geral no sentido de que não é contrário ao princípio da presunção de inocência.

Na sequência da redação do voto, passou a empregar argumentos com o fim de relativizar a presunção de inocência. Para tanto, aduziu que, antes da sentença, há de se manter reservas de dúvidas acerca da culpabilidade do acusado, porém a eventual condenação representa um certo “juízo de culpabilidade” decorrente da logicidade extraída dos elementos de prova. Em apoio a esse entendimento, argumentou que, “embora não definitiva”, para o sentenciante de primeiro grau, “fica afastada a presunção de inocência por um juízo de culpabilidade”.

Com esse argumento de causa e efeito, de forma implícita, defendia-se que o Poder Judiciário é capaz de relativizar princípios constitucionais que não podem ser alterados, nem mesmo por emendas à constituição.

Quadro 11: Tipo de argumento 4

Argumento	Frase
Causa e efeito	<p>“Para o sentenciante de primeiro grau fica afastada a presunção de inocência por um juízo de culpa [...]</p> <p>[...] inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.</p>

Fonte: Elaboração própria.

Criou-se, portanto, uma regra inexistente no ordenamento jurídico, pois este último não prevê o cumprimento da pena depois de analisados fatos e provas da causa por tribunal superior. Do mesmo modo, deixou clara a ideologia de supremacia das decisões judiciais sobre as normas legais, ao praticamente elaborar uma presunção no sentido de que os julgamentos de segunda instância observam a lógica, aplicam com exatidão e isenção as normas legais, e estão isentos de suspeição.

Ademais, com a nítida intenção de relativizar a presunção de inocência, apontou que, na segunda instância, se exaure a possibilidade do exame de fatos e provas, com exceção de revisão criminal, na estreita forma prevista em lei, para se fixar a responsabilidade criminal do acusado. Isso porque os recursos cabíveis para as instâncias extraordinárias, o recurso especial para o STJ e o recurso extraordinário para o STF têm o âmbito restrito à cognição sobre o direito.

Constatamos que o ministro utilizou o argumento *a contrario sensu*, pois, ao mesmo tempo em que demonstra um *ethos* de credibilidade, ao reconhecer o princípio da presunção de inocência como “verdadeiro postulado civilizatório”, defende ser justificável a relativização e até a inversão o princípio. Nesse trecho, revela-se o verdadeiro sentido - *logos* - do discurso jurídico decisório proferido, assim explicitado:

Quadro 12: Silogismo jurídico 3

Premissa maior	Premissa menor	Conclusão
Necessidade de punição	Insucesso da maioria dos recursos especial e extraordinário	justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência

Fonte: Elaboração própria.

Nesse ponto o ministro tentou manter o *ethos* ileso, mas o apelo ao *páthos*, no intuito de mover o auditório, fê-lo cometer o deslize de romper a capa do implícito. Logo, apenas essa frase é suficiente para mostrar o que realmente pensa sobre o princípio da presunção de inocência: existe a necessidade não só de relativizá-lo, mas até mesmo de invertê-lo para considerar o acusado culpado antes do trânsito em julgado. Isto de fato ocorre em muitos julgamentos realizados no país: o acusado é culpado até que prove o contrário.

A redação do voto seguiu com argumentos de autoridade ao mencionar que os limites ao princípio da presunção de inocência têm respaldo em autorizados constitucionalistas. Também foram citados o ministro Gilmar Ferreira Mendes e a legislação, no caso a Lei Complementar nº 135/210, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que prevê a inelegibilidade no caso de sentenças condenatórias proferidas por órgão colegiado. Zavascki mencionou, ainda, como é tratada a questão em diversos países, especialmente nos Estados Unidos da América, na Inglaterra, no Canadá, em Portugal, na França e na Argentina, nos quais aponta efetivamente a parte que aparentemente sustenta a relativização do princípio da presunção de inocência no direito internacional.

Sobejou ao retornar à impossibilidade de revisão nas instâncias extraordinárias quanto ao mérito da causa e inseriu, ainda mais, a argumentação do uso dos recursos perante as instâncias superiores como forma de procrastinar a resolução das ações. Do mesmo modo, apontou que as decisões que asseguram em absoluto o princípio da presunção de inocência permitem e incentivam a interposição dos recursos com “indisfarçados propósitos protelatórios”, com fins de obter a prescrição da pretensão punitiva. O relator defendeu também que a relativização do princípio da presunção de

inocência é uma forma de harmonizá-lo com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Além do mais, antecipou-se ao argumento da falibilidade dos julgamentos humanos e afirmou que equívocos ocorrem nas instâncias ordinárias e nas instâncias extraordinárias, mas há outros mecanismos para inibir as consequências danosas aos acusados. Como exemplo, citou medidas cautelares para conceder efeitos suspensivos das decisões ou HC.

Por fim, propôs a restauração do “tradicional entendimento da Suprema Corte” para concluir que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”(Brasil, 2016).

Assim, baseado, em maior parte, no sentido implícito imposto à redação, buscou comover o auditório, conduzindo-o a sentir o temor da insegurança jurídica pela ausência de punição dos criminosos, seja porque a demora entre a ocorrência dos fatos e o trânsito em julgado causa a impressão de impunidade, seja pela própria prescrição da pena diante da inoperância e incapacidade de tornar a jurisdição mais efetiva. Isso porque, como diz Aristóteles: “É por isso que os sinais dessas eventualidades inspiram medo, pois mostram que o que tememos está próximo. O perigo consiste nisso mesmo: na proximidade do que é temível” (2005, 1382b, p. 174).

Ao promover a indignação e o temor no auditório, o relator busca obter o apoio necessário para vencer o debate e aprovar a tese que adota como correta, conforme vemos no quadro a seguir:

Quadro 13: Tipo de argumento - Prova intrínseca 1

Argumento	Pathos	Frase
Causal	Temor	“E, tem se mostrado infrequentes as hipótese de êxito do recorrente (recursos)”.
Apelos às consequências	Indignação	“O princípio da presunção da inocência [...] tem permitido e incentivado em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies com indisfarçados propósitos protelatórios [...]”.

Fonte: Elaboração própria.

Com esses argumentos, o voto foi vencedor, o que mostra que convenceu muitos dos ministros do STF a adotarem o punitivismo penal como regra na aplicação da Lei. Isso foi alterado somente com o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Contudo, o posicionamento ideológico punitivista tem apoio considerável na população e conta com discursos públicos, tanto nas redes sociais quanto nas mídias tradicionais, cuja função é a de ser força-motriz das escolhas sociais. Diante disso e com a sensação de insegurança crescente, que cria um anseio de soluções práticas na sociedade, esse discurso ganhou força. Conseqüentemente, adquiriu forte representação nos tribunais a crença de que o Direito Penal deve ter a função de mera retribuição aos infratores da Lei, a fim de satisfazer a ânsia por punição, e não mais uma função social para que a sociedade exerça, entre outras funções da pena, um juízo reflexivo a respeito dos motivos e das conseqüências das práticas criminosas.

Dessa forma, em sentido oposto ao garantismo penal adotado no HC 84.078, na decisão proferida no HC 126.292, o STF formou maioria a fim de permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e relativizou o princípio da presunção de inocência. Ainda mais, privilegiou o “ativismo judicial” ao sequer mencionar o artigo 283 do CPP, que já vigorava com a redação adotada depois do posicionamento anterior do Supremo. Do mesmo modo, foi adotado o posicionamento ideológico que defende o uso do Direito Criminal como forma de vingança para sofrimento intenso a todos aqueles que infringirem regras legais ou entendidas como corretas a partir de determinadas crenças.

Esse posicionamento não é isolado e faz parte do sistema de crenças instaurado no Brasil, principalmente em virtude das condições econômico-sociais, reveladas nos movimentos históricos que alteraram os rumos econômicos da nação. Em especial, por meio da transformação de um país essencialmente agrário para um país urbano, com a ocupação em massa das cidades e a ampliação da desigualdade social.

De fato, ao mesmo tempo em que o país elevou os níveis econômicos e passou a ser uma das principais economias do planeta, ocorreu um aumento da criminalidade. Conseqüentemente, houve aumento do número de pessoas

presas na proporção de aproximadamente 300% em 20 anos, entre 1999 e 2019, segundo se pode apurar nos levantamentos feitos pelo Depen¹⁹.

Constatamos que a opinião expressa pelo senso comum — a qual, sem qualquer fundamento científico, exige punições severas e redução de direitos e garantias como forma de vingança contra os acusados da prática de crime — foi transformada em *endoxa* pelo voto do relator do HC analisado. É o que se pode ver no quadro a seguir:

Quadro 14: Transmutação doxa endoxa – prova intrínseca - valores 2

<i>Doxa</i>	<i>Endoxa</i>	<i>Pathos</i>	Valores
Ineficácia da jurisdição	Prisão “em segunda instância não compromete o princípio da não culpabilidade”.	Temor, ira	Prender é punir
Os acusados têm de pagar na própria moeda	O julgamento pelo Tribunal de apelação exaure a análise da prova e justifica a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência.	Indignação	Vivenciar uma experiência equivalente à conduta praticada: olho por olho, dente por dente.

Fonte: Elaboração própria.

Ocorre, porém, que a decisão ora em estudo foi proferida na vigência do artigo 283 do CPP, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403, de 2011, segundo a qual ninguém poderia ser preso, a não ser 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. Por esse motivo, algumas entidades que têm legitimidade legal propuseram Ação Direta de Constitucionalidade, uma vez que ou é inconstitucional o artigo 283 do CPP, ou é inconstitucional a execução antecipada da pena.

Instado o STF a decidir sobre a constitucionalidade ou não do artigo em apreço, as ações foram julgadas no ano de 2019 e resultaram em novo posicionamento do STF a respeito do tema, conforme veremos a seguir.

¹⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/brasil.07/06/2023>

4.4 Análise do posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena a partir de 2019.

Em 07 de novembro de 2019, o STF julgou em conjunto as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Elas foram assim reunidas uma vez que todas tinham como objeto comum a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

O referido artigo, cuja redação foi determinada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, dispunha o seguinte²⁰:

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 (Brasil, 2011).

Anteriormente, quando o STF proferiu a decisão no HC nº 84.078, relatado pelo Ministro Eros Grau, o mesmo artigo 283 do CPP vigorava com a seguinte redação: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade de domicílio”. Assim, naquele momento histórico, entre os anos de 2009 e 2011, a disposição legal foi alterada com a adequação à interpretação que o STF passou a ter a respeito da execução antecipada da pena criminal e a aplicação do princípio da presunção de inocência.

Diante do posicionamento adotado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292, relatado pelo ministro Teori Zavascki, em plena vigência do artigo 283, que estabelecia a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para iniciar a execução penal, três entidades com legitimidade para ajuizar ações declaratórias de constitucionalidade — o Partido Ecológico Nacional (ADC 43/DF), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADC 44/DF) e o Partido Comunista do Brasil (ADC 54/DF) — propuseram as ações diretas de constitucionalidade. Na ocasião, essas entidades questionavam a contradição entre as disposições legais que regulamentavam as possibilidades de prisão e as decisões que permitiam a execução antecipada da pena que não

²⁰ Atualmente, o artigo 283 do CPP tem a redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, nos seguintes termos: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (Brasil, 2019).

tem previsão legal. Dessa forma, ou era inconstitucional o artigo do CPP, ou o seriam as prisões antecipadas.

Por isso, a questão que se estabeleceu foi a necessidade da a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do disposto no artigo 283 do CPP. Constata-se que, em plena vigência da norma processual penal, e do disposto no princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal, diante do posicionamento adotado pelo STF a partir de 2016, estabeleceu-se a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Quadro 15: Hipótese 3

Questão	Resultado
1 - O artigo 283 do CPP está de acordo com a constituição	1 - Proibição da execução antecipada da pena como regra
2 – O artigo 283 do CPP está em desacordo com a constituição	2 – Autorização para cumprimento antecipado da pena criminal como regra

Fonte: Elaboração própria.

No exórdio do voto, o relator Marco Aurélio de Melo contextualizou a situação e destacou o fato de que o requerente da ação declaratória de constitucionalidade nº 43, que era denominado Partido Ecológico Nacional no ajuizamento da ação, quando foi proferido o voto havia alterado o nome para Partido Patriota, e no sentido oposto de quando fez o pedido inicial, mudou o pleito para que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP.. Estabeleceu, ainda, o silogismo jurídico necessário para o deslinde da causa:

Quadro 16: Silogismo jurídico 3

Premissa maior	Premissa menor	Conclusão
O artigo 283 do CPP prevê a necessidade do trânsito em julgado da condenação como regra para o início da execução penal	O artigo 5º da CF estabeleceu como garantia a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação	É ridículo que o STF tenha que declarar constitucional um artigo que reproduz uma garantia prevista na Constituição Federal como cláusula pétrea.

Fonte: Elaboração própria.

Com esse direcionamento da questão, buscou despertar a emoção no auditório ao mesmo tempo em que expõe ao ridículo os posicionamentos

contrários à constitucionalidade da norma em apreço. Relativamente ao “ridículo”, Aristóteles (2005) defende o uso da ironia no discurso, uma vez que parece ter alguma utilidade nos debates. O filósofo o faz com base em Górgias, que afirmava: “com razão, que é necessário desfazer a seriedade dos oponentes com ironia e a ironia com seriedade” (Aristóteles, 2005, 1378b, p. 161). Como vemos, o relator valeu-se do desdém como estratégia já no proêmio, ao tratar como ridícula a pretensão do Partido Patriota de que fosse declarada a inconstitucionalidade, visto que, anteriormente, havia requerido a declaração de constitucionalidade e se chamava Partido Ecológico. Nesse sentido, assevera Aristóteles (2005, 1378b, p. 162): “quem desdenha despreza”. Com esse argumento, ao mesmo tempo que movia o sentimento do auditório, atacava o *ethos* dos adversários, pois a incerteza traz instabilidade, inconstância etc. e transforma a *doxa* da necessária estabilidade em *endoxa* da previsibilidade de conduta.

Quadro 17: Figura de linguagem – prova intrínseca - valores

Figura	<i>Pathos</i>	Valores
Ironia	Desprezo	Estabilidade

Fonte: Elaboração própria.

O ministro novamente atacou o *ethos* dos adversários ao mencionar a mudança de posição da Advocacia Geral da União, que ignorou a atribuição constitucional de curadora da lei que lhe é reservada no sentido de defender a norma. Ademais, afirmou que a posição sobre o tema já era conhecida em razão de inúmeras decisões proferidas no sentido de preservar a liberdade de ir e vir do cidadão que, segundo explicita, representa implemento de resistência democrática.

Mais adiante, utilizou um argumento de causa e consequência ao apontar que “descabe inverter a ordem natural do processo crime — apurar para, selada a culpa, prender em verdadeira execução da sanção”. O relator empregou, ainda, o argumento de princípio ao apontar que: “custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada”. Depois de citar ofício que

encaminhou aos colegas de Tribunal, reforçou o *ethos* próprio de defensor do igualitarismo.

Quadro 18: Tipo de argumento e prova intrínseca 2

Argumento	Ethos	Pathos	Frase
Causa e consequência	Volatilidade do adversário	Estabilidade	“A advocacia-geral da União, mudou [...] ignorando, por sinal, a atribuição constitucional de curadora da lei”.
Princípio	Racionalidade e equilíbrio do orador	Confiança	“[...] custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao fragrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada”.
Modelo	Racionalidade e equilíbrio do orador	Benevolência	“Desde sempre, implemento a resistência democrática e republicana [...]”.

Fonte: Elaboração própria.

Aduziu também que a liminar pleiteada nas ações nº 43 e 44 não foi concedida “ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje”, e o pleno deixou de conceder a liminar pleiteada de início pelo autor da ação. Revelou, assim, que o posicionamento adversário se submetia à *doxa* de parte do auditório (povo) que exigia a punição imediata aos “criminosos”.

A respeito da execução antecipada, lembrou que ela pressupõe a garantia do juízo ou a viabilidade do retorno ao estado de coisas anteriores, no caso de alteração do título executivo. Desse modo, comparou a execução antecipada no processo civil e penal, pois a restauração ao estado anterior é impossível em relação à custódia, ou seja, à prisão, visto que a liberdade perdida não se devolve ao cidadão, conforme se vê no próximo quadro:

Quadro 19: Tipo de argumento 5

Argumento	Frase
	“A execução antecipada pressupõe garantia do Juiz ou a viabilidade de retorno, alterado o

Comparação	título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão [...]”.
------------	--

Fonte: Elaboração própria.

De acordo com o ministro, o Tribunal atropelou, no plenário virtual, os processos das ADC em julgamento sem explicar porque não podia declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do CP, segundo o qual a execução penal, por regra, será iniciada depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, “e com isso confirmando que os tempos são estranhos”.

Após mencionar o princípio da presunção de inocência como cláusula pétrea da Constituição Federal, o relator das ADC, Marco Aurélio de Melo, fez uma digressão para traçar o histórico do seu percurso como ministro, em mais um reforço ao *ethos* próprio. Informou que, há 29 anos, ingressou no Tribunal e jurou cumprir a Constituição Federal, bem como não se curvar a pronunciamento que não tivesse efeito vinculante.

A seguir, adotou um posicionamento firme e contundente:

Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual - conforme a composição do Tribunal-, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Disse, ainda, que, em 04 de dezembro de 2017, havia deliberado o julgamento das ADC 43 e 44 pelo pleno para exame do mérito e, em 19 de abril de 2018, para exame do pedido de liminar na ADC 54. Ademais, afirmou que os processos foram incluídos na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, da qual foram excluídos sem nova designação de data.

Também ressaltou que a exclusão do julgamento das ADC em apreço decorreu da evolução representada pela manifestação do ministro Gilmar Mendes no exame do HC nº 152.752, relatado pelo ministro Edson Fachin. Essas informações esclarecem que a questão já era tratada no STF desde 2018, e a presidência que à época era exercida pelo ministro Dias Toffoli somente pautou o julgamento mais de um ano depois, em maio de 2019.

O referido HC havia sido impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, que se encontrava preso, em cumprimento antecipado da pena criminal decorrente de condenação não transitada em julgado, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria. A menção expressa às ocorrências do referido HC tem a função de esclarecer a demora no julgamento das ADC, pois subjazia às decisões esperadas nas ações o cumprimento antecipado da pena criminal pelo paciente Luiz Inácio Lula da Silva, conforme se vê em parte da decisão do Ministro Edson Fachin:

Esta decisão liminar que poderá provocar a soltura de milhares de presos em todo o país, cuja execução provisória teve início em decorrência de confirmação da condenação em segunda instância, dentre elas Luiz Inácio Lula da Silva, preso provisoriamente em virtude de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Ocorre que a referida decisão do Ministro Marco Aurélio nos autos da ADC n. 54, não pode beneficiar o paciente. É que, no último dia 4 de abril de 2018, o Pleno do STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 152.752, impetrado em favor de Luís Inácio Lula da Silva, permitiu o início do cumprimento da prisão imposta a ele, ora agravante.** (sublinhado e negrito nosso)²¹

De forma implícita, mas esclarecedora, informou que as ADC das quais era relator tiveram julgamento negligenciado pelo STF e somente foram postas em julgamento com a mudança do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Ademais, afirmou que o ministro Edson Fachin já havia indeferido liminar para autorizar o cumprimento antecipado da pena criminal pelo paciente Luiz Inácio Lula da Silva.

A seguir, o relator Marco Aurélio de Melo justificou que as ações foram reunidas para julgamento conjunto em razão da identidade de objetos e reforçou que a literalidade do teor do artigo 5º, inciso LVII, não dá margem a dúvidas, pois “a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”. Além disso, apontou que “o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas, uma vez que a Constituição Federal consagrou a excepcionalidade da custódia” antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e que a regra é apurar para, com o título judicial condenatório, prender e executar a pena. Do mesmo modo, lembrou que as exceções se aplicam a situações individualizadas previstas em lei.

²¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 12 ago. 2023.

Esclareceu, portanto, que se tratava de manipulação semântica o emprego, no posicionamento anterior, das expressões “princípio da não culpabilidade”, “prisão em segunda instância” e “execução provisória de acórdão penal condenatório”, utilizadas nos discursos que expressam tanto a *doxa*, principalmente no aparelhos midiáticos, quanto a *endoxa*, especialmente nas decisões anteriores a respeito do tema. Ademais, argumentou que “o abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades”, haja vista que a pretensão das ações consiste na declaração e constitucionalidade do que consta do texto da Constituição Federal. E arrematou: “Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável”.

Na sequência, apontou “a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do *habeas corpus* de nº 126.292”, uma vez que a decisão que autorizou a execução antecipada da pena criminal foi tomada depois de sete anos da orientação que levou à reforma do Código de Processo Penal. E concluiu: “tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou”.

Mais uma vez, atinge-se o *ethos* dos adversários, com emprego da amplificação argumentativa, especialmente quanto ao caráter ideológico das decisões contrárias que privilegiam o punitivismo e o ativismo judicial, que põem em risco a própria Constituição Federal. É o que se pode verificar no próximo quadro:

Quadro 20: Prova intrínseca 2

Ethos	Frase
Contrário à ordem	“[...] servirem à subversão de Garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania [...]”.
	“O legislador alinhou-se à Constituição, ao passo que este Tribunal dela se afastou [...]”.
	“[...] descabe manejar ‘argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não

	deveriam ser ponderados, mas sim assegurados pelo Supremo [...]”.
	“[...] caminha-se para verdadeira promulgação de emenda constitucional”, mas no caso, seria inviável a emenda, ante a limitação do artigo 60 da Constituição Federal [...]”.

Fonte: Elaboração própria.

A seguir, esclareceu a questão semântica pela qual parte do discurso jurídico procura desmerecer o princípio da presunção da inocência ao tratá-lo como princípio como “não culpabilidade”. Para tanto, observou que também não é possível a distinção entre situações de inocência e não culpa, mediante argumento de autoridade, ao mencionar que o renomado doutrinador:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões "inocente" e "não culpável" constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível-, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (Badaró, apud Melo, Marco Aurélio, Brasil, STF, 2019).

Percebemos que, depois de um pequeno exórdio, por meio do qual se pretendia contextualizar a questão posta a julgamento, o relator iniciou a fundamentação do seu voto, cuja decisão já havia sido delineada na própria contextualização. Desse modo, encaminhou-se para a conclusão com a peroração, iniciada por meio do reforço de posicionamento ao aferir que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos, pois apenas reproduz cláusula pétrea da Constituição Federal que nem mesmo o poder constituinte está autorizado a restringir.

Recorreu, mais uma vez, à ironia ao apreciar o respeito de questionamento formulado sobre a possibilidade de se autorizar a execução provisória depois de apreciado o recurso especial no STJ. Ademais, aduziu que não se pode afastar o Supremo do controle do processo penal, como se o STJ fosse o Supremo Tribunal de Justiça, de forma que mudou o nome do Tribunal como ironia para refutar a pretensão. A clara intenção é novamente atingir o

ethos dos demais ministros, com apelo ao *pathos*, conforme se vê no seguinte quadro:

Quadro 21: Figura de linguagem

Figura de linguagem	Frase
Ironia	Concernente ao condicionamento da execução provisória da pena ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, como se esse Tribunal fosse um Supremo Tribunal de Justiça, nivelado ao verdadeiro e único Supremo

Fonte: Elaboração própria.

Socorreu-se, outra vez, no *logos* ao invocar o princípio do terceiro excluído. Nesse sentido, alegou que ou há um título possuidor do trânsito em julgado que autoriza a pena, ou não há. E concluiu que é “forçoso reconhecer a natureza provisória da execução daí decorrente - quadro discrepante, a mais não poder, do versado no preceito cuja redação não vai além de reproduzir o previsto no texto constitucional”. Assim, é imprópria a cogitação da existência de terceiro grupo, “a partir de argumentos metajurídicos, os quais não seduzem a ponto de suplantar, no controle objetivo de constitucionalidade, a literalidade da norma.”

Apontou, em amplificação, os argumentos contrários, baseados na ideologia punitivista, que apelam ao *páthos* e advertem sobre a proliferação das delinquências de toda ordem; dos escândalos no campo administrativo e da corrupção inimaginável. Todavia, alertou que tais argumentos não podem respaldar a reescrita da Constituição Federal, muito menos pelo Supremo, diante do princípio básico da separação dos poderes. Isso porque o fato de os pronunciamentos proferidos não se sujeitarem à revisão judicial não pode levar ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional sob pena da perda da legitimidade das decisões. E arrematou:

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito.

Por fim, concluiu a fundamentação que julgou procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade e, como consequência, determinou a suspensão das execuções provisórias cuja decisão não tivesse transitado em julgado, com a consequente libertação daqueles que se encontravam presos, ante o exame de recursos pendentes. Essa decisão do STF, por ter sido proferida em ADC, tem efeito *erga omnes* e se aplica a todos os casos análogos.

Com essa decisão, o STF retomou o entendimento de que por ser cláusula pétrea, a presunção de inocência não pode ser relativizada, nem mesmo extinta mediante argumentos casuísticos, ou por pressão de parte da sociedade sem que se estabeleça o devido processo de elaboração das normas constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A Retórica não é apenas um discurso vazio ou simplesmente eloquente. Do mesmo modo, é mais que um meio pelo qual o orador busca os elementos de persuasão do auditório. Além de arte que usa a linguagem para convencer ou persuadir, é instrumento de negociação da distância entre indivíduos. Igualmente, é um método de análise discursiva que, segundo Meyer (2018), renasce sempre que as ideologias desmoronam porque aquilo que era objeto de certeza passa a ser submetido à discussão. Integra, portanto, a Dialética.

Quando surgem as controvérsias entre os indivíduos, bem como entre eles e o Estado, é por meio do discurso jurídico que se busca a solução a ser aplicada pelo ente encarregado de distribuir a justiça que, por regra, é o Poder Judiciário. A jurisdição, como o próprio nome esclarece, é a forma de “dizer o direito”, aplicável aos casos concretos. E essa linguagem se expressa por meio de sentenças ou acórdãos. O termo sentença bem esclarece o que as decisões representam, isto é, os sentimentos dos julgadores. Já o termo acórdão, por se tratar da expressão das decisões colegiadas, muito bem demonstra a essência da Retórica, o acordo.

A tão pretendida racionalidade jurídica, por sua vez, depende de raciocínios indutivos e dedutivos que não se submetem à lógica formal propriamente dita, pois não se trata de analisar premissas e concluir pela observação e experimentação, mas de concluir por meio do que aparenta ser verdadeiro. Essa verdade presumida se obtém, muitas vezes, com base nas opiniões comuns — *doxa* — ou nas opiniões qualificadas ou de uma maioria de pessoas — *endoxa*. Portanto, o que se entende por racionalidade jurídica se aproxima muito mais das razões pessoais ou grupais que retratam crenças e as ideologias dos julgadores, do que propriamente da racionalidade em sentido estrito, assim considerada a lógica formal. É certo, porém, que há demonstrações de fatos e evidências por meio de provas técnicas jurídicas que conduzem a conclusões com aparência de realidade. De todo modo, o discurso jurídico decisório é permeado por interpretações a partir das perspectivas pessoais e dos grupos aos quais pertencem os julgadores, assim como das crenças e ideologias que professam.

Além do mais, a verossimilhança pretendida no raciocínio jurídico não prescinde das presunções. Estas últimas podem ser pessoais dos julgadores que as aplicam quando há lacunas nas leis, quando entendem que devam ser aplicadas, uma vez que o sentir dos julgadores não estão delimitados ou quando há casos explicitamente previstos em leis. Algumas das presunções são absolutas, pois não admitem provas em contrário, como a incapacidade para a prática dos atos da vida civil. Outras são relativas e podem ser desconstituídas por meio de outras provas, como é o caso do princípio da presunção de inocência.

Na busca pela solução das questões levadas para apreciação e julgamento pelo Poder Judiciário, as partes tecem argumentações, e os julgamentos são proferidos pelos julgadores. Estes últimos também necessitam fundamentar as decisões com o emprego de argumentos que convençam o auditório normativo — partes do processo, operadores do direito, cientistas jurídicos, tribunais, membros dos colegiados e o povo em geral. Assim, a partir das questões, são elaborados os raciocínios e, por meio da Dialética, busca-se o que é mais aceitável, mais razoável.

As conclusões que compõem o silogismo jurídico advêm dos raciocínios indutivos e dedutivos. Por intermédio deles, busca-se o que é mais adequado de acordo com o sentir do julgador que, por regra, é produto dos juízos de valor, e não da constatação exata do que é verdadeiro. Logo, é fruto da opinião, que é o meio pelo qual são expressos os pontos de vista e o estado de espírito do julgador, pois é produto da subjetividade, da *doxa*.

Já as crenças são subjetivas e sujeitas a erro. Podem ser básicas ou constituir-se em um sistema de crenças, quando compostas por uma série de verdades partilhadas por um grupo ou grupos de pessoas. Algumas são consideradas particulares; outras são conhecidas como crenças sociais, compartilhadas e constituídas em ideologias. Geralmente, expressam-se por meio de variações semânticas e de estilo, elementos lexicais, relações proposicionais, estruturas esquemáticas e figuras de estilo, pois as escolhas desses elementos se baseiam na ideologia. Isso revela o posicionamento das pessoas e suas relações com instituições e grupos sociais, bem como os valores e as suas hierarquias.

Para fundamentar os valores e hierarquias, podem-se empregar os lugares, isto é, as premissas de ordem geral pré-existentes, que podem ser lugares-comuns ou específicos. Os primeiros são de ordem geral e podem servir a qualquer assunto; os segundos são próprios de uma ciência ou de uma área de conhecimento. Os lugares têm origem nas opiniões e crenças, e fundamentam os valores e hierarquias.

Diante da constatação de que a linguagem é o meio pelo qual se expressa o direito, e as crenças, os valores e as opiniões fundamentam as expressões que podem fazer uso dos lugares como fonte de argumentos, o Direito e a Retórica têm uma ligação umbilical. E o ato retórico, no discurso jurídico decisório, segue os regramentos próprios, previstos nas normas processuais. A argumentação se revela de forma mais clara na parte das sentenças e dos acórdãos conhecida como motivação, pois é regra a exposição dos fundamentos da decisão depois de um relatório e antes da conclusão, parte dispositiva da decisão.

A fundamentação das decisões judiciais segue uma lógica diferente da formal, por ser dialética e argumentativa. Portanto, não basta apenas demonstrar o que é verdadeiro, como na lógica matemática. Ao contrário, vários fatores são considerados pelos julgadores para analisar os casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário. Assim, são levados em conta os valores, as hierarquias e as ideologias do auditório e do próprio julgador, no momento de elaborar os juízos para a tomada das decisões. Por esses motivos, apenas o positivismo jurídico é insuficiente para compreender as decisões judiciais, visto que não é possível excluir a subjetividade como elemento norteador das motivações.

Assim, o racional não basta para analisar o discurso jurídico decisório, de forma que é necessário aliá-lo ao razoável. Segundo Perelman (1998), isso é possível mediante o emprego de uma espécie de lógica jurídica baseada nos juízos de valor apreensíveis com a análise das técnicas argumentativas.

A Retórica, como método de análise do discurso jurídico, contempla a avaliação do contexto de produção do ato retórico, do orador e do auditório que, nessa espécie discursiva, é consideravelmente amplo. Com efeito, o próprio orador constitui o auditório ao se convencer da melhor decisão a ser tomada, bem como dos argumentos a serem empregados na fundamentação.

No processo judicial, além das provas técnicas que não são produzidas pelo orador, também denominadas provas extrínsecas, empregam-se as provas intrínsecas, a saber: o *logos*, que se encontra na demonstração do próprio discurso, pelo que aparenta de verdadeiro; o *ethos*, que é a imagem de si ou do outro, construída pelo orador no discurso; e o *páthos*, que consiste nos apelos argumentativos que despertam a emoção — ou paixão — no auditório, a fim de influenciar a decisão relativa à questão a ser julgada. Ao lado dessas provas, aplicam-se as presunções judiciais, entre elas, a presunção de inocência, segundo a qual os réus somente podem ser considerados culpados com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Essa presunção se encontra consolidada como uma garantia constitucional que não pode ser modificada nem mesmo por emenda constitucional.

Neste trabalho, analisamos as decisões do STF a respeito da execução antecipada da pena criminal, com ênfase no período compreendido entre os anos de 2009 e 2019. Sobre esse tema, a Corte constitucional brasileira adotou entendimentos distintos, especialmente em três julgamentos que revelam a divergência de opiniões com duas posições divergentes quanto ao tema posto em questão.

Em termos normativos, o regramento legal e constitucional é claro e não deveria suscitar dúvidas, uma vez que as espécies de execução penal são bem-conceituadas e delimitadas. Nesse passo, a execução da pena criminal pode ser definitiva, a fim de executar as penas depois que a condenação transitou em julgado, por não caber mais a interposição de recursos, de acordo com o que determinam o CPP e a Lei de Execução Penal. A execução será considerada provisória quando o condenado já cumpriu parte da pena antes do trânsito em julgado da condenação por se encontrar preso cautelarmente.

Entretanto, há quem defenda que a pena seja cumprida antes de o réu ser condenado definitivamente, com o trânsito em julgado da decisão condenatória e com o cumprimento antecipado de pena criminal, sem que a condenação tenha se tornado definitiva. Para justificar esse ato, criaram-se as expressões “execução provisória da pena após condenação” e “prisão após decisão em segunda instância”. Contudo, como não há previsão legal que sustente essas espécies de prisão e diante da vedação imposta pelo princípio da presunção de inocência, os defensores desse ideal buscam relativizar o

princípio por meio de manipulação semântica, com o uso da expressão “princípio da não culpabilidade”.

Até 2009, a execução antecipada da pena criminal era admitida pelo STF. Todavia, no julgamento do HC nº 84.078, sob relatoria do ministro Eros Grau, firmou-se, na Corte Constitucional, o entendimento de que essa espécie de execução é inconstitucional. Contudo, no ano de 2016, com o julgamento do HC nº 126.292, sob relatoria do ministro Teori Zavascki, por maioria de votos, o STF modificou o entendimento para permitir a execução penal depois de julgados os recursos nos tribunais de apelação, mesmo na pendência de julgamento de recurso especial ou extraordinário no STJ e no STF.

O posicionamento expresso no voto vencedor do julgamento no STF do HC nº 126.292 mostra que a ideologia do punitivismo penal entende ser necessário o endurecimento das normas, das práticas repressivas, dos julgamentos e das execuções penais, como solução para os problemas da segurança pública. Essa doutrina prevaleceu no STF de 2016 a 2019, período marcado pela intensificação, ampliação e utilização do aparelho repressivo do Estado para demonstrar força contra os reclamos do garantismo penal que predominou no período anterior, expresso no voto redigido pelo Ministro Eros Grau no AC 84.078. Ainda mais, a defesa do punitivismo teve como objetivo tornar dominantes os discursos que buscavam instituir imagens de paladinos da justiça e, assim, combater, por vias legais, aqueles que fossem considerados inimigos políticos.

Ocorre, porém, que, na ocasião em que o STF validou a execução antecipada da pena criminal, no ano de 2016, vigorava o artigo 283 do CPP, cuja redação determinava o trânsito em julgado da condenação para que se iniciasse a execução penal. Por esse motivo, foram ajuizadas três ações diretas de constitucionalidade dessa norma, numeradas ADC 43, ADC 44 e ADC 54. As ações foram julgadas em 2019 e, por terem o mesmo objeto, foram reunidas para serem apreciadas em conjunto, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo. No julgamento, por maioria de votos, o STF novamente modificou o entendimento para julgar constitucional o artigo 283 do CPP e inconstitucional a execução antecipada da pena criminal, com a observância do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal.

Os acórdãos lavrados no HC 84.078, de 2009, e nas ADC 43, 44 e 54, de 2019, fundamentam-se na doutrina laica da separação entre direito e moral, bem como na distinção entre crença pessoal e valoração do ordenamento jurídico — do “ser” e “dever ser” do Direito —, com prevalência da mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo e do privilegio da norma eficaz que impõe, ao Estado e ao Direito, a obrigação de buscar o fim da norma penal e aplicá-la de forma racional. Trata-se de uma opinião abalizada — *endoxa* —, retratada de forma clara, que se contrapõe ao punitivismo penal. Além do mais, atuou como freio ideológico para a atuação indiscriminada dos agentes estatais ocupantes do Poder Judiciário na ofensa ao estado de liberdade do cidadão e comprovou que o poder punitivo estatal deve ser empregado como último recurso

Os acórdãos analisados mostram que o STF alternou o entendimento da Corte a respeito da execução antecipada da pena criminal. De um lado, em vários momentos, prevaleceram os posicionamentos que defendem a concretização do que é conhecido como Direito Penal de Emergência, na tentativa de dar respostas a questões resultantes da complexidade cada vez mais presente nas relações sociais. O aumento da criminalidade é fruto de situações complexas, porém originadas principalmente nas desigualdades sociais e expressas por meio de condutas consideradas criminosas pelo sistema legal. De outro lado, em outros momentos, prevaleceu o senso da racionalidade jurídica, no sentido de que o Estado Democrático de Direito deve prevalecer, com obediência à Constituição Federal e seus dispositivos, especialmente no que se refere aos direitos e garantias individuais.

Os argumentos empregados no discurso jurídico decisório, expostos nas análises, revelam a expressão dos valores e crenças dos julgadores, materializada nos votos lavrados pelos relatores que representam opiniões e crenças de parcela da população, resultantes em uma ideologia de grupo. O confronto de posições se concretiza na obtenção da maioria a favor de um ou de outro posicionamento, a depender do momento em que os julgamentos são realizados e da composição do tribunal.

A análise retórica revelou que, estabelecido o contexto, os oradores, nesse caso os ministros que lavraram os acórdãos, fizeram uso das provas intrínsecas com o objetivo de convencer o auditório. Nos três votos examinados,

foi identificado o *ethos* dos oradores, que procuraram demonstrar não somente o seu saber específico jurídico, mas também a capacidade de serem pessoas exemplares para o auditório. A imagem de si, exposta pelos relatores, mostrou as virtudes morais e a boa conduta como representantes de uma autoridade e de um sistema de crenças sociais.

Ao mesmo tempo que enalteceram o *ethos* próprio, buscaram desacreditar o *ethos* dos adversários, a fim de desacreditar os posicionamentos contrários. As argumentações foram expostas, na maioria das vezes, de forma implícita, o que é comum no discurso jurídico. No entanto, também foram explicitadas em diversas passagens, com vistas a revelar as crenças e ideologias defendidas pelos ministros.

O apelo ao *pathos* se mostra nas próprias questões postas em discussão, uma vez que emergem dos interesses que envolvem as relações humanas e delas derivam as opiniões. Isso porque as respostas aos questionamentos provêm de múltiplas formações e de contextos diversos. Assim, o julgamento acerca do que está posto em discussão depende do sentimento que o orador e o auditório, no todo ou em parte, expressam. Dito de outro modo, os sentimentos de aprovação ou desaprovação, ódio, compaixão, temor etc. sempre se revelam nos discursos, como atesta nosso estudo.

Portanto, as crenças e ideologias expressas nos julgamentos se revelaram nas análises, bem como a forma como as crenças pessoais — *doxa* — se transformam em *endoxa* ao serem expostas nos votos, pois não somente assumem a autoridade do ministro relator como fonte dos argumentos, mas também passam a compor um sistema de crenças admitidas por um grande número de pessoas. Ademais, o presente trabalho comprova que a racionalidade jurídica se baseia mais na verossimilhança, e a aparência de verdade depende do discurso dominante no momento em que as decisões do Poder Judiciário são proferidas, pois são fruto das crenças, opiniões e ideologia dos julgadores.

Logo, entendemos que este estudo tem aplicação prática para os profissionais e estudiosos do Direito, da Filosofia e da Linguística. Os primeiros podem empregar a análise retórica para elaborar seus próprios discursos, bem como para examinar os dos adversários e os discursos decisórios que servem

de paradigmas. Já os demais podem utilizá-la no estudo dos discursos diversos, tanto no âmbito acadêmico quanto em outras esferas.

Compreendemos, ainda, que a pesquisa realizada tem limitações em razão dos recortes necessários para se definir o objeto de estudo. Essa condição, própria do trabalho científico, afeta os resultados na medida em que diversas indagações surgem, e as respostas demandariam mais pesquisas, fundamentações e análises. Por conseguinte, o trabalho igualmente cumpre o objetivo de suscitar questionamentos para que novas pesquisas sobre o tema se desenvolvam.

Nesse sentido, é necessário aprofundar os estudos a respeito da Retórica Geral ou Integral, como o mais completo instrumento de análise e interpretação das práticas discursivas. A nosso ver, isso deve ocorrer especialmente mediante uma integração interdisciplinar entre todas as Retóricas já estudadas, a Linguística Textual, a Semiótica, a Análise do Discurso e as demais disciplinas que delas se ramificam.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco / Poética**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES. **Organon**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Veja Ltda, 1998.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse e Alberto do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional / Casa da Moeda, 2005.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional / Casa da Moeda, 2007.

ALBALADEJO, Tomás M. **Retórico** Madrid: Editorial Sintesis, 1989.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A linguagem jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF: Presidência da República, 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <https://dou.vlex.com.br/vid/atos-internacionais-pacto-politicos-34301310>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 08/04/2008. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1096426>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07/11/2019. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 08 set. 2021.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. 1. ed. Trad. Carmen C, Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Edunb, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

DESTUTT-TRACY, Antoine-Louis-Claude. **Elemens d'ideologie**. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/view3if/ga/ark:/12148/bpt6k1045510x/f8>. Acesso em: 09 mar. 2023.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, Luiz. (Orgs.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em: 15 ago. 2022.

DIJK, Teun Van. **Cognição, Discurso e Interação**. São Paulo: Contexto, 1992.

DIJK, Teun Van. **Ideología**. Trad.: Lucrecia Berrone de Branco. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1999.

FERRAJOLI, Luigi **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010.

GONÇALVES, Soraia Nascimento. **Contributos para a definição do orador ideal** – Estudo e tradução do “Orator” De Cícero. 2017. 362f. Dissertação (Mestrado em Estudos Clássicos) – Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, Luiz. (Orgs.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 15 ago. 2022.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

LACERDA, Ticiano Curvelo Estrela. **Contra os Sofistas e Elogio de Helena de Isócrates: tradução, notas e estudo introdutório**. 2011. Dissertação (Mestrado em Letras Clássicas) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Editora Cortez, 2006.

MÁLUF, Carlos A. D. As Presunções na Teoria da Prova. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 79, p. 200, 1984.

- MEYER, Michel. **A retórica**. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007.
- MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1993.
- MOSCA, Lineide. L. S. Velhas e Novas Retóricas: convergências e desdobramentos. *In*: MOSCA, Lineide L. S. (Org.). **Retóricas de Ontem e de hoje**. São Paulo: Humanitas, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis. S. Barão de., 1.689-1755. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira**: no sentido extramoral. Org. e trad. Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria E.G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- PLATÃO. **Parménides**. Trad. Maria José Figueiredo. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Loyola, 2011.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Edipro, 2020.
- PLATÃO. Teeteto /Crátilo. *In*: PLATÃO. **Diálogos de Platão**. 3. ed. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973.
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SILVA, Christiani Margareth de Menezes e. O conceito de doxa (opinião) em Aristóteles. *Linha D'Água*, v. 29, n. 2, p. 43-67, 2016.
- SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- TRINGALI, Dante. **Introdução à retórica**: a retórica como crítica literária. São Paulo: Duas Cidades, 1988.
- VAN DIJK, Teun Adrianus. **Ideología**. Uma aproximación multidisciplinaria. Trad. Lucrecia Berrone de Blanco. Barcelona: GEDISA, 1999.

ANEXO A – HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**1048***Supremo Tribunal Federal*Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 35 Divulgação 25/02/2010 Publicação 26/02/2010
Ementário nº 2391 - 5

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. EROS GRAU
PACIENTE(S)	: OMAR COELHO VITOR
IMPETRANTE(S)	: OMAR COELHO VITOR
ADVOGADO(A/S)	: JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS ALEXANDRE RASSI
COATOR(A/S) (ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: 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,

J



HC 84.078 / MG

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 [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação 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 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.



Supremo Tribunal Federal **1050**

HC 84.078 / MG

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 Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.



EROS GRAU

-

RELATOR

26/10/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
 OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de pedido habeas-corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribui ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de *habeas corpus* cuja ementa tem o seguinte teor:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.
 Ordem denegada."

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio

privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime **integralmente** fechado, posteriormente corrigido para o **inicialmente** fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

3. Esta interpôs recursos extraordinário e especial; este último foi admitido pelo Presidente do Tribunal estadual.

4. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial porque o paciente é "... renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'"; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão".

5. A prisão preventiva foi decretada em decisão do seguinte teor:

"Acolho as ponderações da douta Procuradoria de Justiça, constantes de fls. 835/837, determinando que se expeça competente mandado de prisão em desfavor do réu OMAR VITOR COELHO."

6. O impetrante alega que o móvel deste writ é a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar; não a possibilidade



HC 84.078 / MG

da execução da sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo, no caso o Resp, tal como reconhecido pelo Ministro Fontes de Alencar ao julgar a medida cautelar que antecedeu o habeas-corpus impetrado naquela Corte. Em outras palavras, o que se questiona é se há base empírica para manter a prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória, que deve ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da inocência presumida.

7. Restrita a tese à inaptidão do fundamento para a prisão excepcional, o impetrante diz ser falsa a base concreta afirmada pelo Ministério Público estadual, eis que a intenção do paciente quando anunciou a liquidação de seus bens foi a de mudar de ramo, não a de furtar-se à aplicação da lei penal, conforme se pode inferir dos documentos comprobatórios dos gastos efetuados no exercício da nova atividade.

8. Requer a concessão de liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, com a expedição de salvo-conduto. No mérito, pugna pelo deferimento do writ, confirmando-se a cautelar.

9. O Ministro Nelson Jobim reconsiderou a decisão pela qual indeferira a liminar, concedendo-a (fls. 320/324)

10. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pela denegação da ordem (fls. 339/344).

É o relatório.



3

26/10/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): A base empírica de sustentação da prisão preventiva --- receio de frustração da aplicação da lei penal --- foi rechaçada pelo Ministro Nelson Jobim, então relator. S. Excia. considerou a circunstância de o paciente ter alienado determinados bens a fim de adquirir equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento de nova atividade econômica.

2. Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.

3. Após votar pela denegação da ordem, na linha da jurisprudência da Corte, que afirma a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, a Turma deliberou afetar a matéria ao Pleno.

4. Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

5. O artigo 637 do Código de Processo Penal --- decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 --- estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo



HC 84.078 / MG

recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença"¹.

6. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105²), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147³). Dispõe ainda, em seu artigo 164⁴, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

8. Daí a conclusão de 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 artigo 637 do CPP.

9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução

¹ Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.

² Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

³ Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

⁴ Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.



HC 84.078 / MG

Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

Ordem concedida."

(HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

"EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente."

(HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

10. No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda

3



HC 84.078 / MG

Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que

4



alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva"⁶.

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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.

15. Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de "garantismo", na década de 80 [em 1.984, precisamente --- com a

⁵ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2.004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33 (ano 9), págs. 250-251.

⁶ No mesmo sentido, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63. "[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela".

HC 84.078 / MG

reforma penal --- e em 1.988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH⁷, "pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas".

16. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o "enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória".

17. Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial "serão recebidos no efeito devolutivo". A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei

⁷ *Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada*, in *Crítica à execução penal*, [org. Salo de Carvalho], Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2.002, pág. 510.

dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998⁸. 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"⁹. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem"¹⁰.

18. O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos *Abílio Diniz*, em São Paulo, e *Roberto Medina*, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO¹¹ ao primeiro aplica-se ao segundo: "É mister, portanto, que se denuncie com eloqüência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". A produção legislativa penal e processual penal dos

⁸ Leis ns. 8.930/94 e 9.677/98.

⁹ O salão dos passos perdidos, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.997, pág. 219.

¹⁰ Meu Do ofício de orador, 2ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2.006, pág. 72.

¹¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.



anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

19. A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se *'hurlent de se trouver ensemble'*". Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da "antecipação provisória do cumprimento da pena". Aqui, mais do

que diante de um princípio explícito de direito¹², estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente --- e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia; porque as palavras são terríveis, denunciam, causticamente --- anoto a circunstância de o vocábulo *antecipada*, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expreso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

20. Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, meu colega também na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos

¹² Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, 2.006, págs. 141 e ss.



com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira *garantia* de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória¹³. E, mais, diz ainda ele em outro texto: "... não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada"¹⁴. A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota SIDNEI AGOSTINHO BENETI, "porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória"¹⁵. E diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁶: "se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 105 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento". "A prisão --- prossegue --- ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária (...)".

¹³ *Significados da Presunção de Inocência*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de JOSÉ DE FARIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326.

¹⁴ *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

¹⁵ Citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, cit., pág. 283.

¹⁶ *Código de Processo Penal Comentado*, 9ª. ed., revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2.005, págs. 465/466.

21. 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 recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí 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 desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

22. Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode **generalizar** o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso --- diz o argumento --- porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade *inventada*, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele *consegue* evitar a execução. Situações como estas consubstanciariam um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de

11

quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. 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.

25. Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição. E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente, de 7 de novembro de 2.007. Desejo aludir ao 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 [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]. Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação 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 processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada

12

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. Afirmção unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**HABEAS CORPUS 84.078**

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE.(S): OMAR COELHO VITOR

IMPTE.(S): OMAR COELHO VITOR

ADV.(A/S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): LUÍS ALEXANDRE RASSI

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Eros Grau, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus** e cassando a liminar concedida, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. Falou pelo paciente o Dr. João Eduardo de Drumond Verano. 1ª Turma, 26.10.2004.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, decidiu remeter o presente pedido de **habeas corpus** a julgamento do Tribunal Pleno; vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, Relator. 1ª. Turma, 24.11.2004.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou pelo paciente o Dr. Luis Alexandre Rassi e, pelo Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 09.04.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.02.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco

*Supremo Tribunal Federal***1213** Página. 2

Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa,
Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto
Monteiro Gurgel Santos.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

ANEXO B – HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

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.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

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.

Ministro TEORI ZAVASCKI
 Relator

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 103

HC 126292 / SP

este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

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

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 103

HC 126292 / SP

que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado

14

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 103

HC 126292 / SP

que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria **esmagadora** das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, **não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45**, isto é, **não se revestem expressivamente** de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, **36 foram providos**, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus**, foram **providos menos de 4% dos casos**”.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 103

HC 126292 / SP

inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida" (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, "Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078", p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 103

HC 126292 / SP

possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 103

HC 126292 / SP

5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso 'Coffin versus Estados Unidos'* em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expreso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, "nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes". Prossegue informando que "o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) Canadá

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 103

HC 126292 / SP

consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

“a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O *Criminal Justice Act 2003* representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*. (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 103

HC 126292 / SP

progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos" (*in*: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 103

HC 126292 / SP

extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

“No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma

7

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 103

HC 126292 / SP

perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 103

HC 126292 / SP

estabelece:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado*

5

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 103

HC 126292 / SP

“(…) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos 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.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 103

HC 126292 / SP

determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

“*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.*”

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 103

HC 126292 / SP

justiça criminal.

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

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

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. À vista da Súmula 691/STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância. Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (v.g., entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014). No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 103

HC 126292 / SP

DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Em 5.2.2015, deferi o pedido de liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

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

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

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.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

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.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 103

HC 126292 / SP

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *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.*

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto.

ANEXO C – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 54 DF*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 486

23/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 54 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vivenciamos dias incertos sob o ângulo republicano. Explico: O requerente da ação declaratória de constitucionalidade nº 43, outrora Partido Ecológico Nacional, hoje Partido Patriota, manifestou-se, da tribuna, no sentido da inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, contrariando o pedido inicial.

A Advocacia-Geral da União mudou, conforme consta do relatório, o enfoque, a manifestação, ignorando, por sinal, a atribuição constitucional de curadora da lei, cumprindo-lhe a defesa do ato ou texto impugnado, na forma do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Na segunda-feira, 21 do corrente mês, encaminhei aos Colegas o Ofício nº 13/2019-GB/MA, com o seguinte teor:

Já se disse que o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 é o do Ano Judiciário de 2019.

A visão que tenho sobre o tema em discussão é – desde sempre – conhecida. A reiterarei quando apreciado o *Habeas Corpus* nº 126.292, no que, em 2016, implicou mudança da jurisprudência sedimentada a partir do *Habeas Corpus* nº 84.078, relator o proficiente ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009.

Daí permitir-me encaminhar relatório e voto, ainda a proferir, nas referidas Declaratórias, sendo redundância reafirmar o respeito que tenho, há mais de 40 anos de atuação em colegiado julgador, pelo convencimento de cada qual dos colegas magistrados.

Desde sempre, implemento a resistência democrática e republicana na matéria. Em incontáveis *habeas corpus*, ação de envergadura constitucional maior, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 486

ADC 54 / DF

cidadão, implementei tutela de urgência, liminar, medida acauteladora, ressaltando:

Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.

O Tribunal, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “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 preventiva”.

Custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 486

ADC 54 / DF

declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 29 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. De todo modo, há sinalização de a matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, consoante noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o escore foi de 6 a 5 – vir a evoluir.

3

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 486

ADC 54 / DF

Destaco ter liberado, em 4 de dezembro de 2017, para inserção na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, visando o exame de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de liminar. Os processos apenas foram incluídos, pela Presidência, na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, tendo sido, posteriormente, excluídos do calendário de julgamento, sem nova designação de data. Ressalte-se que a última está lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do *habeas corpus* nº 152.752, relator ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

As ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 versam o reconhecimento, tendo em vista o figurino do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, no que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório.

Ante a identidade de objetos, tem-se quadro a direcionar à análise simultânea das ações, cujos processos foram distribuídos por prevenção, na forma do artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo, e apensados mediante despachos formalizados em 23 de maio de 2016 e 11 de abril de 2019.

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 486

ADC 54 / DF

provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do *habeas* de nº 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverteu-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania. Conforme fiz ver ao analisar o *habeas* de nº 126.292:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que,

5

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 486

ADC 54 / DF

quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 486

ADC 54 / DF

recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Também não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57):

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

7

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 486

ADC 54 / DF

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar postulada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de fevereiro de 2016. Constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos.

Daí se extrai a importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz. Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e ante outra garantia maior – a do inciso LXVI do artigo 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 486

ADC 54 / DF

princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores, despedindo-se de papel fundamental.

O quadro reforça imprescindível a adoção de postura fidedigna e rigorosa na conformação dos casos autorizadores da custódia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não se pode assentar a culpa para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle deste Tribunal. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, pelo Supremo.

A harmonia, com a Constituição de 1988, do artigo 283 do Código de Processo Penal é completa, considerado o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior.

Uma vez realinhada a sistemática da prisão à literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Carta da República – no que direciona a apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena –, surge inviável, no plano da lógica, acolher o requerimento formalizado, em caráter sucessivo, nas ações declaratórias de nº 43 e 54, concernente ao condicionamento da execução provisória da pena ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, como se esse Tribunal fosse um Supremo Tribunal de Justiça, nivelado ao verdadeiro e único Supremo.

Repito: o princípio constitucional da não culpabilidade pressupõe, para ter-se o início do cumprimento da sanção, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a revelar a existência de pronunciamento precluso na via da recorribilidade.

Ante o princípio do terceiro excluído – uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo –, ou bem se tem título alcançado pela preclusão maior a autorizar a execução da pena, ou não se tem, sendo forçoso reconhecer a natureza provisória da execução daí decorrente – quadro discrepante, a mais não poder, do versado no preceito cuja redação não vai além de reproduzir o previsto no texto constitucional.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 486

ADC 54 / DF

Revela-se impróprio, presente a garantia estampada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, cogitar da existência de terceiro grupo a partir de argumentos metajurídicos, os quais não seduzem a ponto de suplantar, no controle objetivo de constitucionalidade, a literalidade da norma.

Vale esclarecer que, no julgamento, pelo Plenário, do pedido de tutela de urgência – fase processual na qual, em sede precária e efêmera, busca-se, sob o ângulo do risco, o implemento da providência possível a fim de evitar-se prejuízos maiores –, cogitei, vencido na extensão maior do voto, determinar a suspensão de execução provisória da pena de réu cuja culpa estivesse sendo questionada, mediante recurso, no Superior Tribunal de Justiça, levando em conta o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito daquele Tribunal – intérprete da legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal.

Em exame a matéria de fundo, quando analisada em definitivo a higidez de determinado preceito à luz da Constituição de 1988, surge cenário diverso: descabe, tendo em vista o alcance do princípio da não culpabilidade, admitir-se a gradação da formação da culpa para fins de incidência da garantia em jogo.

O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalize não ficarem sujeitos a revisão judicial, que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará. A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a intranquilidade na vida gregária.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 486

ADC 54 / DF

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia lembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”.

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

O proclamado abrange o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior.

É que se pretende, em última análise, realinhar a sistemática da prisão à literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Explico: o manejo de providências diversas pressupõe a impossibilidade de prender-se indivíduo antes do trânsito em julgado do pronunciamento, situação na qual cabe ao magistrado, cautelarmente, impor, com os cuidados de estilo, a preventiva ou outras medidas descritas na norma processual. O pedido subsidiário apenas evidencia que, antes do exaurimento dos mecanismos recursais, surge inadequada a prisão do réu, salvo se atendidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Essa sistemática é suficientemente restaurada com o reconhecimento da constitucionalidade do preceito em jogo, cujas balizas direcionam, pedagogicamente, à excepcionalidade da custódia.