

A JURISPRUDÊNCIA DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE

NON-CULPABILITY DEFINITION ACCORDING TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Fábio Martins de Andrade¹

Doutor em Direito Público (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Adriana Freisleben de Zanetti²

Juíza Federal (TRF3, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; filosofia do direito.

RESUMO: Por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em torno do conceito da não culpabilidade e sob a ótica da doutrina falibilista desenvolvida por Charles Sanders Peirce, estudam-se as oscilações, no Brasil, acerca do momento no qual a execução da

prisão decorrente de pena possa ser legitimamente deflagrada. O objetivo é analisar as ações, os contextos e os argumentos que rompem com estruturas e hábitos sedimentados pela Suprema Corte, em momentos diversos. Com efeito, desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, o STF tem adotado orientações oscilantes e divergentes sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena

¹ Advogado. Mestre pela Universidade Candido Mendes (2004). Pós-Graduado pela Universidad de Buenos Aires (2005). Pós-Graduado em Direito Penal Económico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCrim (2004-2005). Pós-Graduado em Criminología pela Universidad de Salamanca (2002). Pós-Graduado em Derecho Penal Económico pela Universidad de Castilla-La Mancha (2001). Graduado pela Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000). *E-mail*: fandrade@andrade.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6365301661104837>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9040-6949>.

² Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Mestre em Direito Comparado pela Universidade de Samford – EUA. Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Professora da graduação da Universidade Paulista. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Membro da Comissão Permanente de Direito Internacional do IAB. *E-mail*: azanetti@trf3.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1054596350351025>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8740-5478>.

depois de decisão de segunda instância e antes do trânsito em julgado. Inicialmente, entendeu que seria possível e não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência. Em seguida, passou a decidir que não seria possível e depois retornou ao entendimento original anteriormente mencionado. Recentemente, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n^os 43, 44 e 54, ressurgiu a tese da impossibilidade da prisão, que não a de natureza cautelar, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O artigo procura demonstrar que a razão de frequência contingente do conceito de culpabilidade confirma que o sistema jurídico não se orienta pela racionalidade conceitual abstrata, mas se sujeita a interpretante final falível. Para tal, utiliza-se o pluralismo metodológico preconizado pelo fundador da semiologia moderna: conjuga-se a análise empírica da jurisprudência do STF (indução) com inferências (dedução) da doutrina falibilista de Charles Sanders Peirce, para, então, extrair-se síntese provisória (não infalível). Examinando-se a prática do STF sob tal marco teórico, conclui-se que o sistema jurídico enfrenta, na atualidade, a mudança do paradigma interpretativo *a priori* e desloca sua *normatividade* para o momento da decisão judicial.

ABSTRACT: *Through the analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and under Peirce's falibilism doctrine, this article studies the oscillations around the moment in which the execution of the prison can be started against the defendant. The scope is to analyze the actions, contexts and arguments that break with structures and habits settled by the Supreme Court at different times. In fact, since the promulgation of the Constitution in 1988, the STF has adopted divergent opinions about the possibility of provisional execution of the penalty, after the second instance and prior to the final decision. Initially, the Court decided that it was possible to the defendant to start serving a prison sentence after this sentence has been confirmed by the tribunal, and that was no offense to the constitutional principle of presumption of innocence. Later, the STF overruled this precedent to rule that the prison could not be executed before the final decision. Yet, the STF overruled again this precedent, returned to the original understanding previously mentioned. Recently, by judging the Direct Actions of Constitutionality (ADC's) n^os 43, 44 and 54, the thesis of the impossibility of imprisonment, other than precautionary reasons before the final decision was settle. This article aims to demonstrate that the contingent frequency of the culpability concept confirms that the legal system cannot be subsumed by abstract rationality. Instead, it is subjected to a fallible final interpretant. By analyzing STF's jurisprudence with the lenses of falibilism doctrine, we can come across the conclusion that the current legal system has shifted its normativity from a 'a priori' concept to the moment of the judicial decision.*

PALAVRAS-CHAVE: não culpabilidade; Constituição; Supremo Tribunal Federal; prisão em segunda instância; falibilismo conceitual.

KEYWORDS: *non-culpability; Constitution; Supremo Tribunal Federal; prison in the second instance; conceptual falibilism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico jurisprudencial; 2 Falibilismo conceitual; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Jurisprudential timeline; 2 Conceptual falibilism; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O princípio da não culpabilidade, ou presunção de inocência, não se encerra em racionalidade conceitual abstrata, porquanto as proposições gerais não se prestam a definir o destino dos casos concretos, encontrando-se, portanto, sempre sujeito à interpretação da Suprema Corte. Exatamente por isso utiliza-se como fonte deste texto as decisões concretas do STF, com enfoque no realismo jurídico, entendendo o Direito como contido na historicidade das decisões da Suprema Corte³.

Desde a promulgação da Constituição da República, a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal oscila sobre o tema específico da execução provisória da pena e sua compatibilidade (ou não) com o princípio constitucional da presunção de inocência e adota, de tempos em tempos, orientações divergentes.

Como parâmetro maior na discussão posta, tem-se o inciso LVII do art. 5º, que assegura o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal previa, no seu art. 283, que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. Tal dispositivo foi remanejado e passou a ter novo escopo, com a completa mudança de seu sentido, em razão do advento da Lei nº 12.403/2011, que expressamente condicionou a prisão por pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em 1991, no HC 68.726, restou assentado que não haveria qualquer conflito ou violação, sendo possível a execução provisória da pena depois de confirmada

³ HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law*. Collected legal papers, 1920. p. 173.

pelo tribunal de segunda instância e, portanto, antes do eventual trânsito em julgado. Em 2009, porém, no HC 84.078, tal jurisprudência deu um câmbio radical para o lado oposto, passando a estabelecer que a execução provisória da pena seria incompatível com o referido princípio constitucional da presunção de inocência, além de violentar flagrantemente o próprio princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Em 2016, no HC 126.292, ocorreu nova virada, retornando agora o Pleno do STF àquele entendimento anterior, no sentido de que a execução provisória da pena não violaria o princípio constitucional de presunção de inocência.

O rumo foi novamente alterado em 7 de novembro de 2019, ocasião na qual o pleno do STF, por seis votos contra cinco, decidiu no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que a prisão para início de cumprimento de pena pressupõe o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Esse cenário de mudanças e guinadas jurisprudenciais não representa raciocínio tergiversante da Suprema Corte: apenas evidencia que o Direito não se sustenta em certezas, mas em verossimilhanças forjadas na experiência do STF, em diferentes contextos de composição e ideologias. O Direito, como se verá, não é imune ao falibilismo. O marco teórico consiste na aplicação a essa realidade experimentada pela jurisprudência no âmbito do STF, que oscila entre orientações divergentes, às lições do lógico e filósofo Charles Sanders Peirce, para quem o falibilismo reflete uma posição na qual não há certezas no universo, mas meras probabilidades⁴.

1 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

Com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal adotou inicialmente a orientação jurisprudencial pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Ao assim decidir, entendeu a Suprema Corte que o princípio da presunção de inocência previsto no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior não impedia a prisão em decorrência de acórdão que, em grau de recurso de apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

⁴ Segundo Peirce, “todo raciocínio consiste em julgar a proporção de alguma coisa em relação ao todo, a partir de uma proporção encontrada na amostra. Logo, há três coisas que nunca devemos esperar através do raciocínio: certeza absoluta, exatidão absoluta e universalidade absoluta” (PEIRCE, C. S. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Ed. C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks. Cambridge: Harvard University Press, 8 v., v. 1, 1931-1974. § 141 – tradução livre).

Na esteira de tal entendimento, o STF reconheceu que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do Código de Processo Penal⁵ haviam sido recepcionadas pela Lei Maior (HC 72.366). Desse modo, corrente o entendimento de que a execução provisória da pena, confirmada pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, não conflitava com o princípio da presunção de inocência⁶.

Esse entendimento inicial foi modificado quando do julgamento do HC 84.078, em 05.02.2009. Na ocasião, o Pleno do STF decidiu que a execução provisória da pena afrontaria o princípio da presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da mudança na orientação anterior que seguia consolidada até aquela oportunidade, o acórdão trouxe elevadíssimo ônus argumentativo, verificando-se robusta fundamentação em favor da dignidade da pessoa humana.

No julgamento do HC 126.292, em 17.02.2016, o Ministro Teori Zavascki resgatou argumentos trazidos pela corrente vencida no julgamento do precedente anterior (HC 84.078), como trechos dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, inclusive com expressa menção de estudo que relata a situação em diferentes países do mundo. *In casu*, depois de deferida a medida liminar, para suspender a prisão preventiva decretada pelo tribunal de segundo grau de jurisdição e a manifestação favorável pelo Procurador-Geral da República, o Ministro Teori Zavascki decidiu pela denegação da ordem, sob o fundamento de que é necessário buscar o ponto de equilíbrio entre o alcance do princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal⁷.

⁵ O art. 594 do CPP foi expressamente revogado pelo art. 3º da Lei nº 11.719/2008. Este diploma legal trouxe relevantes modificações ao CPP relativos a suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos.

⁶ À época, houve a edição dos seguintes verbetes, relacionados à progressão do regime de cumprimento da pena fixada em sentença ainda não transitada em julgado: “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 716); “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” (Súmula nº 717).

⁷ Nas palavras do Relator: “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 justiça criminal” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

Com efeito, depois de resgatar os argumentos dos votos prolatados pela corrente que restou vencida no precedente anterior (HC 84.078), o Ministro Teori Zavascki trouxe expressa preocupação com os recursos protelatórios como mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal frente ao instituto da prescrição⁸, com a conseqüente ineficácia da pretensão punitiva estatal⁹. Reconheceu, ainda, que no caso de equívocos e excessos há mecanismos capazes de sustá-los perante os Tribunais Superiores¹⁰.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Relator, acrescentando que a regra da não culpabilidade do réu, prevista no inciso LVII do art. 5º, não deve ter caráter absoluto, cabendo ao STF limitar-se a “revisar injustiças do caso concreto”¹¹.

⁸ Nas palavras do Relator: “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” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

⁹ Nesse sentido, o Relator defendeu a retomada da antiga jurisprudência da Corte sobre o tema: “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” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹⁰ Nesse sentido: “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 conseqüências 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 efeitos 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” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹¹ STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

O Ministro Roberto Barroso, de igual modo, também acompanhou o voto do Relator. Em trecho do seu voto referente aos “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”, o Ministro Roberto Barroso explicitou:

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*, tem uma inegável dimensão *política*.

[...]

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma da impunidade.¹²

Posteriormente, essa corrente foi acompanhada também pelos Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia. Já o Ministro Gilmar Mendes, que no precedente anterior prolatou o seu voto acompanhando a maioria então formada, nesse caso revisou o seu entendimento, para acompanhar o voto do Relator (e a maioria aqui formada)¹³.

¹² STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

¹³ Depois de trazer um completo panorama do tema em diferentes países e variados documentos internacionais, o Ministro Gilmar Mendes decidiu que, “em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como

A Ministra Rosa Weber inaugurou a divergência, registrando expressamente a importância para a segurança jurídica da manutenção da jurisprudência assentada pela Suprema Corte, que não deve se modificar apenas e tão somente pela mudança na composição de seus integrantes. Posteriormente, a divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber contou com a adesão dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, todos com votos prolatados no precedente anterior (HC 84.078), no sentido de que a execução provisória da pena afrontaria o princípio constitucional de presunção da inocência.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da medida liminar. A maioria foi formada pelos votos do Relator, Ministro Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (7 x 4).

Uma vez definida a matéria, a oposição dos embargos de declaração foi sistematicamente rejeitada para essa situação específica, a começar pelo próprio *leading case* sobre o tema¹⁴.

Tão logo adotada a nova orientação no precedente assinalado (HC 126.292), as duas Turmas do STF passaram a aplicá-la aos diversos casos que foram chamados a decidir.

A legitimidade da execução provisória da pena foi reafirmada no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida (tema 925)¹⁵. Na oportunidade, o Plenário Virtual do STF fixou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da

culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. [...]. Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. [...]. Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. [...]” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹⁴ STF, HC 126.292-ED, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 02.09.2016, DJe 07.02.2017.

¹⁵ STF, ARE 964.246, Plenário Virtual, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 10.11.2016, DJe 25.11.2016.

Constituição Federal”¹⁶. Em outra decisão, tal legitimidade foi ampliada também para a situação de prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri¹⁷.

Com o indeferimento da medida cautelar pleiteada nas ADCs 43 e 44, as decisões subseqüentes ampliaram as suas razões para contemplar também esse fato novo, que manteve inalterado o precedente firmado no HC 126.292, bem como registraram a sua reafirmação com a repercussão geral reconhecida¹⁸.

Em suma, a tese que prevaleceu a partir do precedente citado foi no sentido de que “a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”¹⁹.

¹⁶ No mesmo sentido: STF, HC 135.347-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 28.10.2016, DJe 17.11.2016; STF, ARE 737.305-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.06.2016, DJe 10.08.2016; STF, HC 138.890-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 07.03.2017, DJe 23.03.2017. Quanto à compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, o Ministro Luiz Fux esclareceu, em decisão monocrática: “Assim, a determinação da execução provisória da pena não conflita com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeitos suspensivos dos recursos extraordinário e especial, mercê do restrito espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como da atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias e não no agravamento da situação jurídica do réu” (STF, HC 140.213, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, J. 15.03.2017, DJe 17.03.2017).

¹⁷ Eis o trecho pertinente da ementa: “2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. *Habeas corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: ‘A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade’” (STF, HC 118.770, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 24.04.2017).

¹⁸ Exemplo disso pode ser encontrado nos seguintes acórdãos: STF, HC 134.863-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 29.11.2016, DJe 01.02.2017; STF, HC 137.908-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 06.12.2016, DJe 06.03.2017; STF, HC 135.653-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 16.12.2016, DJe 10.02.2017; STF, HC 138.942-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 14.03.2017, DJe 26.04.2017; STF, HC 140.285-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 14.03.2017, DJe 24.04.2017; STF, HC 138.934-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 17.03.2017, DJe 18.04.2017; STF, HC 137.645-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 24.03.2017, DJe 26.04.2017.

¹⁹ STF, HC 136.951-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 06.02.2017, DJe 17.02.2017. No mesmo sentido: STF, HC 137.716-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 17.02.2017, DJe 14.03.2017; STF,

A partir desse entendimento, e de sua aplicação pelas duas Turmas do STF, logo tal tema passou a ser decidido sumariamente em decisões monocráticas pela negativa do seguimento do recurso ou pelo indeferimento da medida liminar pleiteada, que rapidamente se multiplicaram às dezenas²⁰.

Em 18 e 19 de maio de 2016 foram protocoladas duas ações diretas (ADCs 43 e 44, respectivamente) buscando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, especialmente em contraposição ao precedente estabelecido no julgamento do HC 126.292.

Tais ações foram distribuídas ao mesmo Relator, Ministro Marco Aurélio. A ADC 43 pediu a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da opção do legislador (veiculada pela Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal

HC 135.567-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 16.03.2017; STF, HC 136.515-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.03.2017, DJe 10.04.2017.

²⁰ STF, RHC 142.843, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.897, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.002-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, ARE 1.038.682, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 24.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.758, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.797, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.881, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.003, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.636, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.625, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.969, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.041, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.799, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.463-MC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.585-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 18.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, ARE 1.027.843, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.445, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 17.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.781, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 140.731, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 17.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.466, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 11.04.2017, DJe 19.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.689, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 11.04.2017, DJe 19.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.749, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 11.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.748, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 11.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.482, Rel. Min. Luiz Fux, J. 10.04.2017, DJe 17.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.231, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 07.04.2017, DJe 17.04.2017; STF, HC 142.127, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 06.04.2017, DJe 17.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática, entre tantos outros.

condenatória. A ADC 43 registra claramente a incompatibilidade do art. 283, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, com a decisão tomada no HC 126.292 no modelo difuso de controle de constitucionalidade²¹. A petição inicial da ADC 43 sustenta tese no sentido de que a mudança de jurisprudência perpetrada pela nova orientação firmada quando do julgamento do HC 126.292 deve ter aplicação *ex nunc*, ou seja, dali para a frente, a exemplo de inovação legislativa que tem aplicação irretroativa, na hipótese de ser prejudicial ao réu.

Por sua vez, a petição inicial da ADC 44 buscou um foco mais direcionado e objetivo, com argumentos jurídicos voltados à solução da perplexidade que se teria criado pelo STF a partir do julgamento do HC 126.292, ao menos em relação à coerência racional do sistema.

A ADC 44 foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo como “objeto o art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, relativo ao alcance e âmbito de incidência dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa”. Aqui, o pedido formulado foi pela concessão de medida cautelar, “para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal – cuja constitucionalidade se presume! –, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR) e a Súmula Vinculante nº 10”; e, no mérito, “a procedência da presente ação para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição”²².

Em 05.10.2016, as medidas cautelares pleiteadas nessas duas ações foram indeferidas. Em 18.04.2018, foi protocolada a ADC 54, com o escopo de declarar

²¹ Eis o trecho pertinente da petição inicial: “13. Todavia, a retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão. Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênua, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292” (cf. petição inicial da ADC 43, sem os grifos originais).

²² Cf. petição inicial da ADC 44.

que as prisões decorrentes de “fundamentos automáticos” são inconstitucionais e devem ser impedidas, até o julgamento final das ADCs 43, 44, e 54.

O julgamento teve início em 17 de outubro e terminou em 7 de novembro de 2019.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, manteve-se fiel a seus entendimentos anteriores, julgando procedentes os pedidos das ADCs 43, 44 e 54 e votando pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Ainda, manifestou-se pela suspensão da execução provisória das penas ainda não transitadas em julgado, determinando a liberação dos presos em contrariedade ao art. 283 do CPP, devendo a prisão excepcional antes do trânsito em julgado ser reservada aos casos previstos no art. 312 do CPP²³.

O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência, posicionando-se a favor da prisão para fins de cumprimento de pena, após confirmada a sentença condenatória em segunda instância. Fundamentou sua decisão afirmando que a segunda instância encerra a análise probatória, que seria exatamente o objeto da proteção constitucional abarcada pelo inciso LVII do art. 5º. Segundo o Ministro,

a decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determina o início da execução da pena imposta pelo último grau de jurisdição ordinária com cognição plena.²⁴

A Ministra Cármen Lúcia posicionou-se a favor da prisão após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. Em seu voto, contudo, deixou claro que o valor maior da sociedade é a possibilidade de debaterem-se, livremente, as ideias²⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, aduziu ter havido um “desvirtuamento” da decisão do STF

²³ STF, Julgamento conjunto ADCs 43, 44 e 54, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 07.11.2019, acórdão pendente de publicação.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

pelos Tribunais. Segundo ele, o STF havia decidido pela possibilidade, e não pela obrigatoriedade, da prisão após a condenação em segunda instância²⁶.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou que uma Constituição escrita não pode ser considerada irrelevante na história do País, não podendo sujeitar-se aos desígnios dos Poderes Constituídos. O Ministro assinalou que o Brasil é signatário de tratados internacionais que determinam a presunção de inocência; porém, não condicionam a prisão ao trânsito em julgado. Pontuou, entretanto, que a Constituição de 1988 expressamente colocou um requisito a mais, em proteção do princípio da presunção de inocência, que foi exatamente a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória, condição essa expressa no texto constitucional²⁷.

A Ministra Rosa Weber²⁸, favorável à constitucionalidade do art. 283 do CPP, salientou em seu voto que o exercício da discricionariedade judicial pressupõe vagueza semântica, que não é o caso do estatuído no art. 5º, LVII, da Constituição da República. No mesmo sentido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski²⁹ que, lembrando Ferdinand Lassalle, afirmou que a Constituição de 1988 não é uma mera folha de papel que possa ser rasgada ao contrariar as forças políticas do momento.

O Ministro Edson Fachin iniciou seu voto afirmando que as decisões do STF têm uma mera pretensão de última palavra, porquanto se submetem a novos diálogos internos e externos, de acordo com os novos contextos apresentados. O Ministro defendeu que a redação do inciso LVII do art. 5º é plurívoca, apresentando raciocínio semelhante àquele exarado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que afirma ter a presunção de inocência relação com a análise das provas. Nas palavras do Ministro:

Esse último desdobramento do princípio da presunção de inocência incide pontualmente ao longo da marcha processual. Nessa acepção, ele só é exigido quando se trata de estabelecer a prova dos fatos. Noutras palavras, a presunção de inocência, quando estabelece um *standard* de prova, só tem aplicação nas fases em que

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado. Se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não é desafiada.³⁰

O Ministro Luís Roberto Barroso³¹ manteve sua posição, no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Elencou, também, argumentos de ordem pragmática, sustentando que a execução da pena após a condenação em segundo grau torna o sistema criminal mais funcional e equilibrado, diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro e promove a quebra do paradigma da impunidade no sistema criminal.

O Ministro Luiz Fux³² defendeu em seu voto que o princípio da presunção de inocência não tem vinculação com a prisão. Diferenciou os institutos e alertou a Corte em relação aos efeitos nefastos da mudança de precedente sem motivação adequada. Também defendeu que o tribunal “ouça a sociedade se em jogo uma razão pública, ou um valor moral”. O Ministro Dias Toffoli³³ se pronunciou contrariamente à prisão em segunda instância, argumentando que a edição da Lei nº 12.403/2011 foi fruto de atividade parlamentar legítima em momento histórico peculiar, logo após a edição da Lei da Ficha Limpa. O Ministro separou, porém, a situação de condenados pelo Tribunal do Júri, alvo de outra ação no STF, já adiantando seu entendimento, no sentido de que a soberania dos veredictos é norma que se sobrepõe, por específica, à norma genérica da presunção de inocência até o trânsito em julgado.

O julgamento foi encerado com seis votos (contra cinco vencidos) decidindo que não é possível a prisão, para fins de início de pena, após a decisão condenatória confirmada em segunda instância.

2 FALIBILISMO CONCEITUAL

Analisar as oscilações jurisprudenciais do STF acerca do conceito constitucional da não culpabilidade sob as lentes da doutrina falibilista permite uma visão mais coerente do instituto com a própria noção de democracia,

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

porquanto o falibilismo reconhece e valoriza a criatividade humana como recurso hábil a estabilizar a caótica complexidade do mundo atual.

Ademais, a cognição racional não se exaure nos métodos indutivos e dedutivos: a experiência da Corte e a variação do contexto relacionado à axiologia da sociedade brasileira adicionaram ao tema elementos hipotéticos complexos. O pluralismo metodológico não retira o caráter científico da análise jurídica. Antes, traduz a humildade intelectual que admite a inevitabilidade do aleatório no dia a dia que impõe, à revelia do intérprete, a necessidade de adequação dos paradigmas à experiência. Nesse sentido, Lucia Santaella reconhece que os métodos científicos não são sinônimos de certeza e infalibilidade, propondo o cotejo com a experiência e, a partir daí, a adequação dos conceitos: “[...] certificar quão longe as consequências estão de acordo com a experiência, e julgar se a hipótese está sensivelmente correta, ou se requer uma modificação essencial, ou se deve ser inteiramente rejeitada”³⁴.

A doutrina do falibilismo foi criada por Charles Sanders Peirce (1839-1914), lógico e filósofo norte-americano que defendeu haver lógica no acaso, favorecendo o desenvolvimento da tese do indeterminismo conceitual das coisas. Com efeito, Peirce sustentou não existirem verdades absolutas, mas apenas crenças mais ou menos estáveis, de acordo com o contexto (ou a amostra)³⁵. Seus estudos resultaram em uma viragem paradigmática cuja consistência só seria verificada muitos anos após sua morte; notadamente, pelo desenvolvimento da moderna física quântica e a influência reflexa desta nas ciências humanas e sociais³⁶.

Historicamente, o sistema jurídico de origem romanística passou por fases distintas no decorrer dos séculos. Inicialmente, serviu de parâmetro o modelo orgânico, mecânico. Buscava-se uma unidade científica ao direito, organizando-o à semelhança das ciências naturais. Com a articulação dos enunciados, as leis pretendiam garantir o rigor das ciências exatas ao direito,

³⁴ SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: Unesp/Fapesp, 2004. p. 158.

³⁵ PEIRCE, Charles Sanders. *The Essencial Peirce*. Peirce Edition Project. Bloomington: Indiana University Press, v. 1, 1998. p. 111.

³⁶ ILYA PRIGOGINE (1917-2003), Prêmio Nobel de Química, em seu livro *O fim das certezas*, discorre sobre a influência da Física nas demais Ciências, explicando as mudanças do pensamento científico em face da transição da teoria mecanicista (determinista) newtoniana para a Física Quântica (indeterminista), parâmetro esse que referendou estudos anteriores relacionados a sistemas não lineares, como, dentre outros, o desenvolvido por Peirce (In: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011).

ao prever uma solução *a priori*, que deveria ser aplicada aos casos concretos por meio de raciocínio dedutivo. Em seguida, a escola histórica trouxe à baila a questão da necessidade de atualização permanente dos conceitos, ao buscar não a intenção fixa do legislador no momento da produção da norma, mas a intenção hipotética adequada ao horizonte histórico-cultural da sociedade.

O historicismo e o racionalismo se apresentam, assim, fortes componentes do pensamento jurídico no século XIX. No século XX, porém, há uma mudança de paradigma, que passa a ser o da prevalência da *interpretação*. O ponto de partida é a consciência de que o legislador tem estrutura fragmentária, havendo múltiplas fontes de emanção. Como dizia Norberto Bobbio, são as normas tão diversas e numerosas que a tentativa de calcular o número delas seria tarefa vã como calcular os grãos de areia em uma praia³⁷. Dada essa multiplicidade, o positivismo é operado como a ciência da legislação posta, que pressupõe a situação específica de que toda a concretização normativa conta com um intérprete final; no caso do século XX, as Cortes Supremas.

A interpretação seria capaz de oferecer ao sistema o atributo da unidade, da não contradição e da completude. Segundo Hans Kelsen, não haveria lacunas no sistema: a lacuna seria uma invenção política, para permitir a criação de uma norma implícita, que é a de que “tudo aquilo que não está proibido está permitido” (norma geral exclusiva)³⁸. A norma geral exclusiva confere unidade ao sistema, na medida em que valora a certeza.

Curioso notar, porém, que, no caso recente do julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, o tema foi a *norma geral inclusiva*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. A norma geral inclusiva foi pensada como um instrumento capaz de conferir unidade ao sistema, valorando a segurança. Porém, viu-se que mesmo os textos explícitos são alvos de interpretação. Aliás, por ocasião do julgamento dessas ações, alguns Ministros do STF, principalmente os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, fizeram menção expressa ao papel *criativo* do juiz, legitimando a transferência da técnica de extração da norma apenas para o ato da decisão.

O sociólogo Gunter Teubner explica que não é o sistema legal, senão o político (e a força exercida em uma das vertentes weberianas) que decide os princípios políticos fundamentais, que, então, são transportados para a matriz

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 6.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 273.

jurídica e construídos pelo direito constitucional que, em seguida, podem ser alterados para fins jurídicos³⁹. Analisando os paradoxos fundamentais no atual processo de constitucionalização, Gunter Teubner destaca quatro fatores capazes de alterar a referência dos atuais sistemas jurídicos: a forte expansão do direito dos juízes, um novo retorno ao direito natural, o enfraquecimento da estrutura do Estado e a função do indivíduo como centro de gravidade do sistema.

A forte expansão do direito dos juízes parece ser necessidade decorrente da veloz atualização tecnológica. As situações aleatórias que, por vezes, ocorrem com frequência similar às próprias regras não contam mais com premissa maior previamente articulada, a permitir a aplicação do direito pelo tradicional método dedutivo inerente à tradição dos países de matriz romanística. Fica evidenciada a impossibilidade de o direito ser sistematizado do mesmo modo que as ciências naturais, por meio de *topos* e classificações. Entra em cena, assim, a formulação de hipóteses, tomada por alguns como uma função legítima do Poder Judiciário (papel criativo do juiz) e por outros como deturpação do sistema pela via do ativismo judicial.

Além disso, a articulação das antigas *regras* em agora *princípios* resgata a possibilidade de aplicação do direito natural. Vale dizer, o direito natural passa a ser argumento que, como tal, pode ser mais forte ou mais fraco, a depender do contexto. As regras claras de outrora foram transformadas em *princípios* capazes, inclusive, de reagir à constante necessidade de atualização dos conceitos, em decorrência das velozes mudanças tecnológicas.

Também a institucionalização do direito privado passa a apresentar forças concorrentes com o Estado. A percepção do tempo na Era Tecnológica metaforicamente mudou a própria física, no sentido de que hoje a sociedade hiperativa age em conformidade com um relógio interno divergente da lei natural. A resposta estatal, mais burocrática em função das exigências democráticas, tornou-se lentas demais para agir a contento da sociedade que, alternativamente, se organiza com rapidez e tecnicidade.

A própria técnica da tomada de decisão por maioria estimula o individualismo, tão cara aos tempos modernos. Cediço, porém, que pela maioria se obtém um resultado; persistindo, porém, a dúvida imanente sobre

³⁹ TEUBNER, Gunther. Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *Transconstitutionalism*. Ashgate, Farnham 2015.

a questão. As decisões assim tomadas revelam o termo *jurisprudência* como raciocínio precário, já que a prudência não mais decorre de nenhum dogma superior. O Jurista alemão Samuel Pufendorf alertava, em 1963, sobre os efeitos da instabilidade gerada pela dúvida:

E, no entanto, muitas vezes acontece por acaso a alguns homens, especialmente em casos singulares, que argumentos possam ser apresentados de ambos os lados, e eles não são senhores de critério suficiente para discernir claramente quais são os mais fortes e de maior peso.⁴⁰

Essa questão do incômodo inferido ao ser humano pelo estado de dúvida foi bem explorada por Peirce em seu artigo intitulado “*How to make our ideas clear*” (Como tornar claras nossas ideias), publicado em 1878⁴¹. Peirce afirmou que a dúvida é algo irritante para o homem: inconscientemente, buscamos a estabilidade e a paz geradas pela crença, que é a superação da dúvida por meio do hábito, que gera convicção de estarmos agindo da melhor forma. Porém, Peirce alerta que a crença posta em ação desencadeará aplicações concretas e imediatas, mas ressalva que a aplicação futura dessa mesma *ratio* gerará novas dúvidas e forjará crenças atualizadas, em um círculo crescente de novas significações. Tal representa um viés do *falibilismo*, já que o conceito atual prova que o anterior, embora festejado, já não mais satisfaz⁴².

Com a atual tendência de o direito perder força, como algo conceitual em si mesmo, passando a depender da decisão judicial para revelar seu sentido e

⁴⁰ PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 60.

⁴¹ PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*. *Popular Science Monthly* 12 (January 1878), 286-302. Disponível em: <<http://www.peirce.org/writings/p119.html#:~:text=The%20very%20first%20lesson%20that,for%20great%20and%20weighty%20thought>>. Acesso em: 6 nov. 2020.

⁴² Idem. Texto original: “[...] *And what, then, is belief? It is the demi-cadence which closes a musical phrase in the symphony of our intellectual life. We have seen that it has just three properties: First, it is something that we are aware of; second, it appeases the irritation of doubt; and, third, it involves the establishment in our nature of a rule of action, or, say for short, a habit. As it appeases the irritation of doubt, which is the motive for thinking, thought relaxes, and comes to rest for a moment when belief is reached. But, since belief is a rule for action, the application of which involves further doubt and further thought, at the same time that it is a stopping-place, it is also a new starting-place for thought. That is why I have permitted myself to call it thought at rest, although thought is essentially an action. The final upshot of thinking is the exercise of volition, and of this thought no longer forms a part; but belief is only a stadium of mental action, an effect upon our nature due to thought, which will influence future thinking*”.

alcance, há a crise da mudança de paradigma: decisão e *decisionismo* convivem. As Cortes Superiores percebem a crise do sistema e talvez tentem conformar ou equacionar as questões decorrentes admitindo certo ativismo judicial, com o escopo de garantir a realização da *justiça*. Verifica-se, assim, o deslocamento do direito como algo conceitual de *per se* para algo que só pode ser concretizado no momento da decisão quando entra em ação a interpretação final para um determinado momento da Corte. Essa decisão final, porém, é também histórica, na medida em que novos contextos sociais ou mesmo de formação e composição da Suprema Corte poderão alterar novamente a jurisprudência a respeito do conceito constitucional de não culpabilidade. Nesse sentido, o falibilismo de Peirce apresenta-se bastante atual.

CONCLUSÃO

A jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal não foi sempre uníssona sobre o tema da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional de presunção de inocência.

Os conceitos jurídicos, outrora evidências orgânicas, depois físicas e posteriormente algo construído pela interpretação, vivem a crise da perda de referência, diante de uma série de fatores. O sistema jurídico agoniza preconizando sua pureza e independência da política. Também o Supremo Tribunal Federal enfrenta desafios colocados pela política e pela força; ambos, bastante fragmentados pela privatização dos interesses na sociedade tecnológica atual.

O Direito existe, como realidade simbólica, mas a atual complexidade de fatores integrantes torna difícil a tarefa de articular regras gerais. O objetivo de certeza, que foi o principal parâmetro das ciências após a Idade Média (com a separação entre a física e a metafísica), hoje cede espaço às probabilidades. As regras jurídicas comportam fórmulas gerais que refletem regularidades, mas jamais conseguem abarcar todos os fenômenos da vida experimental.

Em um primeiro momento, essa tensão entre complexidade fática e regras inflexíveis foi resolvida por meio do parâmetro da interpretação, onde não só o intérprete construía os novos sentidos das regras, atualizando-as do ponto de vista semântico, mas também era capaz de identificar os casos nos quais as regras existentes não se encaixavam.

Porém, a interpretação não mais satisfaz ao atual panorama caótico do direito, em que os silogismos *hipótese-consequência* e *proibição-sanção* entram em conflito com uma racionalidade mais voltada a cada caso concreto. A intersecção do direito com a política muda as relações de prioridade e ascendência das normas, que cedem a contextos complexos da sociedade marcada pelo individualismo e pela falta de referência de algo que seria *comum* à sociedade. A interpretação do direito resulta em processo de semiose na qual os interpretantes são capazes de assumir feições assaz divergentes.

Atualmente, as abstrações jurídicas não contam mais com um valor intrínseco, mas adquirem funcionalidade apenas quando adotadas em um determinado caso concreto. Percebe-se, assim, que os conceitos jurídicos são deslocados para o momento da *decisão judicial*. As decisões judiciais, porém, são tomadas por maioria e os conceitos sofrem alterações importantes em períodos relativamente curtos.

Os questionamentos acerca da existência atual de um sistema jurídico refletem o incômodo causado ao ser humano pelo estado da dúvida. De outra via, a força que está por trás do poder político e da interpretação impõe suposta segurança derivada da crença de que o sistema jurídico possa ser entendido e dissecado pelos métodos tradicionais de investigação. O Direito, porém, enquanto realidade cultural, não é imune ao falibilismo, que, aliás, não o enfraquece, mas apenas confirma seu caráter em permanente evolução.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law*. Collected Legal Papers, 1920.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PEIRCE, C. S. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Ed. C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks. Cambridge: Harvard University Press, 8 v., 1931-1974.

_____. *The Essencial Peirce*. Peirce Edition Project. Bloomington: Indiana University Press, v. 1, 1998.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: Unesp/Fapesp, 2004.

STF. HC 118.770, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 24.04.2017.

_____. ARE 1.027.843, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. ARE 1.038.682, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 24.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 139.146, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 140.895-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.012-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.017-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.143-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 20.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.216-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2016, decisão monocrática.

_____. HC 142.378-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.618-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 19.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.625, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.758, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.760-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017.

_____. HC 142.797, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.869-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 27.04.2017, DJe 04.05.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.881, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.969, Rel^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.002-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.003, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.041, Rel^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

_____. HC 84.078, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 05.02.2009, DJe 26.02.2010.

_____. Julgamento conjunto ADCs 43, 44 e 54, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 07.11.2019, acórdão pendente de publicação.

_____. RHC 142.463-MC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.636, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.843, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.897, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

TEUBNER, Gunther. Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *Transconstitutionalism*. Ashgate, Farnham 2015.

Submissão em: 03.12.2019

Avaliado em: 18.08.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 16.10.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 29.10.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 20.11.2020