A DISCRICIONARIEDADE FORTE DE RONALD DWORKIN À LUZ DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 12.292

Fausto Santos de Moraes¹

Gustavo Polis²

Sabrina D. Staats³

RESUMO

O presente estudo de caso tem como objetivo central analisar o julgamento pelo Superior Tribunal Federal do *Habeas Corpus* 12.292, em especial o voto do Ministro Relator, o Decano Teori Zavascki, no intuito de estabelecer se o reconhecimento da antecipação da execução de sentença penal pode ser considerado discricionária perante a teoria de Ronald Dworkin. Para tanto, adotar-se-á uma metodologia analítica e reconstrutiva dos principais argumentos suscitados pelo relator no *Habeas Corpus* 12.192. Em um primeiro momento, tais argumentos serão analisados à luz da teoria dos tipos argumentativos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em um segundo momento, o voto será correlacionado com a teoria de Ronald Dworkin naquilo que diz respeito a possível ocorrência de discricionariedade em seu sentido forte.

Palavras-chave: Discricionariedade forte; Argumentação Jurídica; Habeas Corpus 12.292.

1 INTRODUÇÃO

Com recorrência a possibilidade de antecipação da execução provisória de sentença penal tem tomado espaço no âmbito de discussão nacional. Seja no meio acadêmico, bem como no meio social, político e midiático, tal problemática é objeto de acalorados e, por vezes, apaixonados debates. Não sem razão, tal discussão não demorou a ascender ao tribunal supremo do país, onde, não podendo ser de outra maneira, protagonizou intensas discussões acerca de sua suposta legalidade ou ilegalidade perante a ordem constitucional brasileira.

Desse modo, o presente texto intende realizar uma reconstrução argumentativa do *Habeas Corpus* 12.292. A primeira parte do trabalho permeia, exatamente, a classificação de cada um dos argumentos expostos pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento do referido HC diante da teoria das diferentes espécies de argumentos em Tércio de Sampaio Ferraz Júnior. Após realizar essa catalogação, executar-se-á uma segunda análise, onde a

1 Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6), além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Exerce a advocacia na área tributária, previdenciária e cível.

2 Mestrando em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Bolsista CAPES/PROSUP. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS (2016/2017 e 2017/2018). Membro dos grupos de pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos” e “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” vinculados ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu - Mestrado em Direito - da Faculdade Meridional - IMED. Advogado (OAB/RS). Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. polis.g@outlook.com.

3 Mestranda em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Bolsista CAPES/PROSUP. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS (2016/2017 e 2017/2018). Membro do grupo de pesquisa. Advogada (OAB/RS). sabrinastaats@hotmail.com.

decisão passará pelo crivo da teoria da de Ronald Dworkin, no intuito de estabelecer a ocorrência de uma discricionariedade em seu sentido forte.

Assim, o trabalho será desenvolvido em três capítulos: (1) no primeiro tópico, o trabalho irá traçar algumas considerações importantes acerca do conteúdo, do processamento e, em especial, do voto do relator, Ministro Teori Zavaski, do Habeas Corpus 12.292 junto ao Supremo Tribunal Federal; (2) no segundo capítulo, será realizada uma análise dos argumentos utilizados no julgamento do referido HC, a partir da teoria da argumentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; (3) no capítulo final, será realizada uma leitura da antecipação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória a partir da discricionariedade na teoria de Ronald Dworkin.

2 JULGAMENTO DO HC 12.292

Nesse tópico, irá traçar algumas considerações serão elaboradas acerca de importantes aspectos do conteúdo, do processamento e, com maior ênfase, do voto do relator, Ministro Teori Zavaski, do julgamento do Habeas Corpus 12.292 junto ao Supremo Tribunal Federal.

2.1 O PROCESSAMENTO

O julgamento objeto do presente trabalho foi levado a feito no dia 17 de fevereiro do ano de 2016, pelo pleno do Superior Tribunal Federal. Tratou-se de apreciação referente ao *Habeas Corpus* 12.292, impetrado contra decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Falcão, o qual, por sua vez, indeferiu o pedido liminar constante no *Habeas Corpus* 313.021/SP. Insta ressaltar, todavia, antes de mais nada, o caminho processual percorrido até o momento em que a matéria ficou a cargo da corte suprema.

Em síntese, o paciente do referido HC, em primeira instância, foi condenado à 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática de crime de roubo majorado, devidamente previsto pelo Código Penal pátrio, em seu artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, restando, ainda, a possibilidade de, querendo, recorrer do julgamento ainda em gozo de sua liberdade.

Inconformada, somente a defesa interpôs o devido recurso de Apelação direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, de pronto, negou provimento ao recurso, bem como ordenou a expedição de mandado de prisão contra o réu/paciente, nos termos supramencionados.

A seu turno, em face da ordem de prisão ordenada pelo TJ/SP, a defesa impetrou *Habeas Corpus*, ação impugnativa de caráter autônomo, junto ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em função de considerar

inoportuno o uso da figura de *Habeas Corpus* em matérias passíveis de discussão via Recurso Especial, salientando, com ênfase, o estabelecimento jurisprudencial daquela corte nesse mesmo sentido.

Assim, mais uma vez em desacordo com a decisão proferida, a defesa buscou, através de novo *Habeas Corpus*, agora direcionado ao Supremo Tribunal Federal, manter a liberdade do paciente, embasando-se, principalmente, nas seguintes alegações: a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula Vinculante nº 691 do próprio Supremo Tribunal Federal; b) que sem qualquer motivação acerca da necessidade de prisão preventiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a imediata segregação do paciente; c) que a prisão teria sido decretada somente após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e após mais de três anos de o paciente ter sido posto em gozo de liberdade, ressaltando a inexistência de qualquer fato novo no caso em disputa; e, não menos importante, d) a prisão do paciente não prescindiria, nos termos da até então jurisprudência firmada do próprio Supremo Tribunal Federal, do completo trânsito em julgado da condenação criminal. Requerendo, nesses exatos termos, a concessão da ordem com o ulterior reconhecimento do direito do paciente em recorrer em liberdade.

É importante evidenciar, de igual sorte, que em data de 5 de fevereiro do ano de 2015, o Ministro Relator Teori Zavascki, concedeu a liminar no HC 126.292 para suspender a prisão preventiva do paciente anteriormente chancelada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter entendido que o TJ paulistano teria embasado sua decisão em argumentos referentes à execução penal, inobservando, sem controvérsias, as espécies preceituadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, únicas capazes de dar ensejo a qualquer modalidade de prisão preventiva.

2.2 O VOTO DO RELATOR

Tendo sido a liminar aceita pelo ministro relator, o HC seguiu seu trâmite dentro do Supremo Tribunal Federal, culminando com seu julgamento de mérito pelo pleno da casa no dia 17 de fevereiro de 2016. Por maioria absoluta (7 votos a 4) a plenária decidiu no sentido de não dar provimento ao *Habeas Corpus*, em consonância com o posicionamento adotado pelo relator Teori Zavascki.

Nesse ínterim, faz-se necessária análise das razões colacionadas pelo magistrado, que embasaram sua decisão no sentido de não entender a antecipação do início da execução da pena antes de exauridos todos os possíveis recursos processuais e, portanto, a não afronta ao princípio

da presunção de inocência ou da não culpabilidade, nos moldes insculpidos na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII.

Inicialmente Teori Zavascki pontua que o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias perpassa por reflexões acerca do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre tal princípio e a função efetiva da jurisdição penal, que deve atender a valores altos não apenas aos acusados, mas também à sociedade, tudo isso, é claro, face a realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal vigente.

Continuando sua dissertação acerca do tema, o ministro ressaltou que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, inclusive na vigência da Constituição de 1988. Dentro dessa cena jurisprudencial, em casos semelhantes ao objeto do *Habeas Corpus* 12.292, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decretada por acórdão que, em apelação, reafirmou o sentenciado em primeiro grau. (argumento jurisprudencial)

Considerou o princípio da presunção de inocência, trazido no bojo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como um marco civilizatório para o processo penal brasileiro. Reconheceu que antes de prolatada a sentença penal se deve manter reservas de dúvida acerca do suposto comportamento contrário a ordem jurídica, atribuindo, assim, ao acusado a presunção de inocência. 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, para o ministro, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu mais profundo sentido, 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*.

Nesse sentido, pontua uma espécie de preclusão acerca da matéria de fatos no julgamento pelos tribunais superiores – STJ e STF – pois estão comprometidos, estritamente, com matérias puramente de Direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, já no segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, para o relator, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência na forma até então observada.

No mesmo caminho, elencou inúmeros países onde a presunção de inocência não se estende até o esgotamento de todos os recursos extraordinários, inclusive, defendeu ser essa uma forma de inibir os chamados “recursos protelatórios”, visto como uma das grandes mazelas da justiça criminal brasileira.

3 ANÁLISE ARGUMENTATIVA DO JUGAMENTO

Após tal apanhado geral em relação ao processamento do HC 12.292 e, mais especificamente, às razões expostas pelo Ministro Relator, majoritariamente seguida pelo Plenário do STF, o atual tópico do presente estudo de caso passará a analisar cada uma das razões que embasaram a decisão acerca da antecipação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a luz da teoria dos tipos de argumentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

O argumento do tipo *AB AUCTORITATE* é um típico exemplo extraído da retórica. Tal ferramenta argumentativa procura provar ou reafirmar uma tese qualquer e, para tanto, faz uso de atos ou das opiniões de uma pessoa ou de um grupo como um todo que o apoiam, podendo ser considerado como um *topos* de qualidade, portanto. A força desse argumento reside, como seu próprio nome já nos remete, na autoridade ou prestígio da pessoa ou do grupo que o invocam (Ferraz Júnior, 2003). Cumpre lembrar a histórica recusa de tal modalidade argumentativa por parte da ciência e da filosofia, que viam tais motivos como impeditivos da livre pesquisa da verdade.

No discorrer de seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki fez uso desse tipo de argumentação em diversos momentos. O primeiro exemplo desse tipo de exposição elencada pelo Ministro, se apresenta logo no início de seu parecer, quando o decano delibera acerca do conhecimento ou não do referido *Habeas Corpus* no caso em tela. Ao afastar a incidência da Súmula 691/STF, a qual impede a impetração de HC contra decisão de relator que, em HC, não concedeu liminar, sob pena de supressão de instâncias, Teori admite o conhecimento do recurso pelo STF por entender, a partir de ampla jurisprudência da mesma corte, caracterizando aí um argumento baseado na autoridade daquele Tribunal, a decisão do relator do HC impetrado em segundo como teratológica e manifestamente ilegal. Considerou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestamente ilegal por ter dado início ao cumprimento da execução provisória da pena do paciente, em desacordo com a jurisprudência predominante do Superior Tribunal Federal para a matéria até aquele momento, aceitando tal possibilidade apenas para prisões cautelares, o que não se configurava no caso.

Ainda nessa mesma linha argumentativa, porém agora divagando acerca do mérito, o Relator avalia a antiga jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena privativa

de liberdade. Apontou que, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de execução provisória da sentença penal constituía o entendimento dominante até meados de 2009. Citou o Ministro, ainda, que no passado, em caso semelhante (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgado em 30/06/1997), o pleno do STF alegou que com a superveniente condenação do réu, restava superada a falta de fundamentação para do decreto de prisão preventiva, de maneira que os recursos especial e extraordinário, ambos sem efeito suspensivo, não impediriam, de tal modo, o cumprimento de possível mandado de prisão.

Evidencia-se, da mesma forma, o uso do argumento *Ab Auctoritate* quando o Ministro Teori traz a discussão o possível estabelecimentos de alguns limites para o princípio da presunção de inocência, com base na teoria de respaldados constitucionalistas, tal qual seu colega, o Ministro Gilmar Mendes.

O argumento EXEMPLAR, tal qual o de autoridade, provém da retórica clássica, porém, eram estudados separadamente, como a forma retórica correspondente à indução lógica. São tratados, na retórica moderno, como argumentos quase lógicos, o qual revela-se pela utilização do chamado princípio de semelhança (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Por essa razão, os exemplos terão mais força e respaldo na medida em que se assemelharam, em maior grau, com a situação posta em análise. A utilização de jurisprudências para fortalecer uma conclusão pretendida também pode enquadrar-se nesse tipo de argumento.

O Ministro Relator fez uso desse tipo de argumento, primeiramente, quando elencou diversas decisões das respectivas Turmas do Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2009, que reafirmavam que o princípio da presunção de inocência não obstaría a execução provisória da pena, mesmo que pendentes de julgamento recursos especiais ou extraordinários.

Seguindo em seu voto, o decano usa como parâmetro para coadunar seu entendimento amplo estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, sobre a possibilidade da antecipação da execução provisória de prisão após vencido o segundo grau de jurisdição. Tal argumento baseou-se na elaboração de parâmetros entre a situação brasileira face exemplos de outros países onde a possibilidade da antecipação da prisão antes de esgotadas todas as vias recursais extraordinárias é amplamente aceita, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

A seu turno, o argumento *A MINORI AD MAIUS* traz a ideia de passar-se da validade de uma disposição menos extensa para outra mais extensa (FERRAZ JÚNIOR, 2003). O argumento, nesse caso específico constrói-se com o auxílio de juízos de valor e da construção das hierarquias. Sendo assim, a relação entre as disposições nem sempre é de especialidade para generalidade em seu sentido lógico, mas de grau de adaptabilidade às circunstâncias.

Esse argumento evidenciou-se, como citado pelo Ministro Relator, quando da alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da prisão, no ano de 2009. Nessa oportunidade, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Passando, assim, de uma ideia mais restrita (execução provisória) para uma mais extensa (princípio da presunção de inocência).

O mesmo tipo de argumento é apresentado quando, defendendo a ideia da antecipação do trânsito em julgado, o decano relator cita a possibilidade aberta pela Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Ao fazer uma analogia com tal dispositivo, o Ministro alega que o fato de um político não poder ser candidato a cargo público se possuir sentença condenatória em segunda instância, abre um precedente para a aplicação desse entendimento em maior escala.

De outra banda, o argumento de tipo A MAIORI AD MINUS traz em seu bojo a ideia da passagem da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Esse argumento procura mostrar que aquilo que é aceito e reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com maior razão ainda em um segundo caso, mais restrito.

Essa modalidade argumentativa denota-se quando o relator afirma que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, assim, afastando os recursos extraordinários da ideia de duplo grau de jurisdição, não aviltando, de tal maneira, o princípio da presunção de inocência, encurtando, dessa maneira, a extensão de tal princípio.

Nesse mesmo sentido se coloca o argumento de que cumpre ao Supremo Tribunal Federal garantir que o processo resgate sua inafastável função institucional, qual seja, a efetivação do *Jus puniendi* estatal. Por tal motivo, a retomada da jurisprudência original da corte, no sentido de permitir a execução provisória da pena, atribuindo apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários, é mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Ao longo de seu voto, o relator também apresentou o chamado argumento *AD ABSURDUM*, o qual, no plano da retórica, trata de um absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que obriga a reconhecer a suposta verdade da proposição frontalmente oposta (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Este é o sentido da chamada prova pelo absurdo, portanto, absurdo, aqui, não é destituído de sentido, mas detém uma carga falsa de sentido.

Esse argumento se manifestou quando da exposição por parte do relator do caráter protelatório que os recursos extraordinários passaram a tomar na jurisdição brasileira. Anotou que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdão recorrível, portando, considerando que os apelos extremos não são ferramentas para rebater fatos ou provas, estes não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Por esse motivo, tais recursos em vez de constituírem um instrumento de garantia da presunção de inocência, passam a ser usados como espécies de inibidores da efetividade da jurisdição penal.

4 A ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COMO DISCRICIONARIEDADE EM DWORKIN

Após elencados e, de igual sorte, classificados os argumentos utilizados pelo Ministro Teori Zavascki, relator do *Habeas Corpus* 12.292 no Supremo Tribunal Federal, no sentido de transmutar a leitura clássica do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, chancelando a execução provisória de sentença penal, cotejar-se-á tal entendimento com a teoria Dworkiana da discricionariedade.

Para, sendo o caso, estabelecer um paralelo entre o voto em testilha face o dito “sentido forte” da discricionariedade em Ronald Dworkin. Não obstante, para tanto, faz-se necessário traçar algumas bases para aquilo que Ronald Dworkin desenvolveu, mais especificamente em sua obra intitulada “Levando os Direitos a Sério”, como discricionariedade e suas hipóteses de ocorrência.

Dworkin inicia a construção de sua teoria da discricionariedade das decisões afastando o conceito colacionado pelos positivistas clássicos, o qual, segundo autor foi extraído exclusivamente da linguagem ordinária. Assim, para extrair o verdadeiro conceito de discricionariedade, este deverá ser posto em seu habitat (DWORKIN, 2001). O conceito de poder discricionário só estará perfeitamente alinhado à realidade em apenas um tipo de contexto: quando determinado sujeito é, de maneira geral, encarregado de tomar certa decisão em consonância com certos padrões estabelecidos por uma autoridade.

Similarmente a todo e qualquer signo, o significado exato do que é poder discricionário é diretamente afetado pelas características contextuais de seu entorno. O termo será, de todo modo, matizado pelo pano de fundo informacional que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado. Por esse motivo, imperioso se faz a identificação de algumas das principais distinções que permeiam esta ideia.

O poder discricionário, do mesmo modo que um espaço vazio no centro de uma rosca, não pode existir a não ser, precisamente, como um espaço vazio circundado por uma extensa

gama de restrições. Se apresenta, portanto, como um conceito verdadeiramente relativo. Por essa imprecisão descritiva de tal fenômeno, Dworkin o estratifica em três níveis, respeitando suas respectivas “forças”: duas discricionariedades fracas (menos reprováveis) e uma forte (mais reprovável).

Para Dworkin emprega-se o termo “poder discricionário” em seu primeiro sentido fraco naqueles momentos onde utiliza-se de tal expressão apenas para dizer que, por certo motivo, os padrões que devem ser observados por uma autoridade pública não podem ser mecanicamente postos em prática, eis que exigem o uso da capacidade de julgar (DWORKIN, 2001). Este sentido se mostrou com mais frequência quando o contexto, *per si*, não é tão esclarecedor quando pretendido, quando os pressupostos daquilo que é público não incluem tal fragmento de informação.

Em outros momentos, por vezes, para Dworkin, usa-se a expressão em uma segunda forma fraca, de igual sorte. Este é o caso quando se argui que algum funcionário público possui a necessária autoridade para elaborar uma decisão em última instância e, mais além, que tal decisão não pode ser revista nem mesmo cancelada por qualquer outro funcionário de menor ou igual calibre. Fala-se dessa maneira qual esse tipo de funcionário público é parte de um corpo hierárquico de servidores, estruturado de tal forma que alguns desses possuam maior autoridade do que outros, entretanto, com padrões de autoridades diferentes para cada modalidade de decisão.

Dworkin classifica essas situações como discricionariedade em sentido fraco justamente para traçar um contraponto com uma forma do mesmo fenômeno que, para o autor, se dá em um sentido tido como forte. Essa forma de discricionariedade ocorrerá não apenas para dizer quando um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que para ele foram estabelecidos, através de um ente de autoridade, nem mesmo para afirmar que ninguém reverá aquele juízo elaborado, mas para dizer que, diante de certos assuntos, esse funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade em questão (DWORKIN, 2001). Emprega-se a expressão em consonância com esse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre decisões que pretendem controlar.

Ainda cabe salientar que o poder discricionário não significa que o funcionário esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas somente que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que se tem em mente quando colocada a questão do poder discricionário (DWORKIN, 2001). Portanto, alguém que possui um poder discricionário nos termos e características dessa terceira hipótese pode receber críticas contundentes, porém, não por ser desobediente. É cediço dizer que tal funcionário tenha,

de fato, cometido um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito.

É importante olvidar, ainda, o conceito de interpretação verdadeira ou correta como aquela que chega a uma conclusão a partir das razões que melhor justificam o conjunto do direito institucionalizado, identificando, dessa mesma maneira, o melhor argumento (de princípio) que a sustente (MORAIS, 2010), como a forma mais efetiva de limitação da discricionariedade. Nesse sentido, após identificados todas as razões no voto do relator do HC objeto do presente trabalho, percebe-se que o mesmo não pode ser enquadrado dentro do conceito de uma interpretação verdadeira ou correta a partir da concepção dworkiana, tendo em vista a profunda relativização da norma constitucional que colaciona a presunção de inocência como direito fundamental inalienável, bem como o desrespeito pelos dispositivos que perpassam a mesma matéria em legislação especial, como o próprio Código de Processo Penal, por exemplo.

Nesse diapasão, denota-se que o voto elaborado pelo Ministro Teori Zavascki como relator do *Habeas Corpus* n. 12.292, enquadra-se com perfeição na última categoria de discricionariedade de Dworkin, qual seja, a forte. Afinal, não observadas inúmeras disposições, de forma coerente, como se pressuporia de uma decisão responsável e acertada. Atuando nesses termos, o Ministro, portanto, atuou de maneira a extrapolar os limites pelos quais estava limitado pelos padrões dispostos pela autoridade, qual seja, a própria Constituição Federal, indo diretamente de encontro com o que é preceituado pela Carta Maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que com recorrência a possibilidade de antecipação da execução provisória de sentença penal granjeou espaço no âmbito das discussões nacionais. Seja no meio acadêmico, bem como no meio social, político e midiático, tal problemática é objeto de acalorados e, por vezes, apaixonados debates. Não sem razão, essa disputa, sem maiores delongas, ascendeu ao Supremo Tribunal Federal, onde, não podendo ser de outra maneira, protagonizou intensas discussões acerca de sua suposta legalidade ou ilegalidade perante a ordem constitucional brasileira.

Ao analisar os argumentos utilizados pelo relator em seu voto no *Habeas Corpus* 12.292 diante da teoria de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, observou-se, principalmente, as seguintes modalidades:

a) argumentos baseados em autoridades (*AB AUCTORITATE*), seja essa por seu prestígio pessoal, como fez o decano ao citar o doutrinado por seu colega de tribunal, Ministro

Gilmar Mendes, por ser este um reconhecido constitucionalista, seja por seu prestígio institucional, ao citar súmulas elaboradas no sentido de afirmar seu entendimento no sentido da possibilidade da execução provisória da pena;

b) argumentos baseados em exemplos (EXEMPLAR), ao citar ampla jurisprudência que coadunava sua visão e, de igual sorte, a apresentação de estudos jurídicos comparando a temática em outros países com a situação brasileira;

c) argumento *A MINORI AD MAIUS*, ao mencionar a expansão do entendimento do princípio da presunção de inocência, no ano de 2009;

d) argumento do tipo *A MAIORI AD MINUS*, quando afirmou o exaurimento do princípio da presunção de inocência na concretização do duplo grau de jurisdição, atrelando caráter de excepcionalidade para os recursos extraordinário e especial;

e) utilizou, da mesma maneira, o argumento da espécie *AD ABSURDUM*, ao alegar que no Brasil os recursos nos tribunais superiores são usados como ferramentas protelatórias, aviltando o exercício da jurisdição penal do Estado.

Por fim, após analisar as modalidades argumentativas da decisão, diagnosticou-se a ocorrência de discricionariedade no sentido forte nos parâmetros estabelecidos por Ronald Dworkin. Nesse passo é importante olvidar o conceito de interpretação verdadeira ou correta como aquela que chega a uma conclusão a partir das razões que melhor justificam o conjunto do direito institucionalizado, identificando, dessa mesma maneira, a forma mais efetiva de limitação da discricionariedade.

Nesse sentido, após assimilar todas as razões no voto do relator do HC objeto do presente trabalho, percebe-se que o mesmo não pode ser enquadrado dentro do conceito de uma interpretação verdadeira ou correta a partir da concepção dworkiana, tendo em vista a profunda relativização da norma constitucional que colaciona a presunção de inocência como direito fundamental inalienável, bem como o desrespeito pelos dispositivos que perpassam a mesma matéria em legislação especial, como o próprio Código de Processo Penal, podendo ser classificada como uma decisão discricionária no sentido forte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 12.292. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 313.021. São Paulo, SP de 2016. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Decreto - Lei nº 2.848, de 1940. **Código Penal**.
BRASIL. **Súmula Vinculante nº 691**, de 2005. Brasília.
BRASIL. Congresso. Senado. Lei Complementar nº 135, de 2010. **Lei da Ficha Limpa**.
Brasília.
BRASIL. Congresso. Senado. **Constituição Federal**. 1988, Brasília,
DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Cambridge: Harvard University Press,
2001.
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão,
Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
MORAIS, Fausto Santos de. **A importância da Resposta Correta no Direito**: breve exposição
das contribuições de Ronald Dworkin à Teoria do Direito. *Revista Brasileira de Direito, Passo
Fundo*, v. 6, p. 271-293, 2010.