

A (I)MATURIDADE DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA HERMENÊUTICA UTILIZADA EM RELAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE (IM)MATURITY OF THE FEDERAL SUPREME COURT'S MINISTERS AT THE HERMENEUTICS USED REGARDING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

LILIAN MARA PINHON¹

Resumo: Este ano completaram trinta anos em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi promulgada. Apesar de ser conhecida como a Constituição cidadã, observa-se que os indivíduos vêm enfrentando grandes dificuldades para que seus direitos e garantias sejam respeitados. O objetivo da pesquisa é refletir sobre a hermenêutica jurídica e a mudança de posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à interpretação do artigo 5º, LVII, da CRFB/1988, a partir de 17 de fevereiro de 2016. Indaga-se: o novo posicionamento do Plenário do STF, sobre a possibilidade da prisão do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado, demonstra uma imaturidade quanto à hermenêutica utilizada? Nota-se que no Estado Democrático o neoconstitucionalismo possibilitou o diálogo do mundo jurídico com a contribuição da teoria da literatura. O tema justifica-se pela necessidade de todos os indivíduos e o Estado terem que respeitar um direito fundamental elencado na CRFB, à presunção de inocência, uma garantia de todo o ser humano no Estado Democrático. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais. Utilizar-se-ão procedimentos técnicos interpretativos, comparativos, teóricos e críticos.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil; Supremo Tribunal Federal; hermenêutica; literatura.

Abstract: This year marks the end of thirty years in which the Federative Republic of Brazil's Constitution of 1988 (CRFB/1988) was enacted. Although it is known as the Citizen Constitution, it is observed that individuals are facing great difficulties so

¹ Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *Scripto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Pós-graduada Lato Sensu pela Universidade Candido Mendes em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Pós-graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Administrativo em andamento pela Escola Paulista de Direito, São Paulo-SP, Brasil. Advogada. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3719496630002088>. E-mail: lilianpinhonadv@hotmail.com

that their rights and guarantees are respected. The objective of the research is to reflect on the legal hermeneutics and how the way the Federal Supreme Court's (STF) ministers position themselves changes regarding the interpretation of article 5, LVII, from CRFB/1988, as of February 17, 2016. So the following question can be asked: Does the new STF Plenary's positioning on the possibility of arresting an individual before the final conviction show an immaturity regarding the hermeneutics used? One can see that in the Democratic State, neo-constitutionalism made the dialogue of the legal world with the contribution of literature theory possible. The theme is justified by the need for all individuals and the State to respect a fundamental right listed in the CRFB, the presumption of innocence, guaranteed to every human being in the Democratic State. Bibliographical and documentary research will be used. Interpretative, comparative, theoretical, critical and technical procedures will be utilized.

Keywords: Federative Republic of Brazil's Constitution; Federal Supreme Court; hermeneutics; literature.

1 INTRODUÇÃO

Trinta anos são decorridos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e os indivíduos lutam pela concretização e respeito aos direitos fundamentais elencados na mesma. Nota-se que com o neoconstitucionalismo a jurisdição constitucional desponta e o judiciário ascende.

O objetivo da presente pesquisa científica é refletir sobre a hermenêutica jurídica e a mudança de posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à interpretação do artigo 5^a, LVII, da CRFB/1988, a partir de 17 de fevereiro de 2016, bem como demonstrar a necessidade de um diálogo entre o Direito e a Literatura.

Indaga-se: o novo posicionamento do Plenário do STF, sobre a possibilidade da prisão do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado, demonstra uma imaturidade quanto à hermenêutica utilizada?

A escolha do presente tema justifica-se por ser imprescindível o respeito ao direito fundamental disposto na CRFB/1988, à presunção de inocência, uma garantia de todo o ser humano no Estado Democrático de Direito.

No presente estudo, ressaltar-se-ão a literatura de Balzac, especificamente, *A mulher de trinta anos*, as obras de Dworkin, com o *Império do direito* e *Uma questão de princípio*, para fazer um comparativo com a nova interpretação dada pelos Ministros do STF a respeito da presunção de inocência.

Primeiramente, será ressaltada a esperança de uma Constituição cidadã no Estado Democrático de Direito. Posteriormente, destacará a intertextualidade entre o Direito e a Literatura. Mais adiante, será relevante dissertar sobre a hermenêutica jurídica. Ao final, será feita uma crítica aos ministros do STF que deram uma nova interpretação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988.

Serão utilizadas pesquisas bibliográficas com verificação no campo da doutrina jurídica e literária, e pesquisas documentais, com ênfase na CRFB/1988, no Decreto-Lei nº 3.689/1941 e jurisprudência. Utilizar-se-ão procedimentos técnicos interpretativos, comparativos, teóricos e críticos.

2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com seu caráter cidadão, significou um relevante passo para as criações das bases e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 passou a ser responsável pela promoção de uma efetiva e imprescindível ruptura com o regime ditatorial, principalmente por possuir um vasto rol de Direitos e garantias fundamentais.

Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, produziu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez que teve ampla participação popular em sua composição e, principalmente, por objetivar a plena realização da cidadania (Silva, 2017, p. 92).

Com a Constituição de 1988 os direitos humanos são positivados como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são os Direitos dos indivíduos que se encontram no território brasileiro e independem de descendência, raça, gênero, nação e religião. A pessoa é um ser fundamentalmente moral, dotada de unicidade existencial e de dignidade, com uma importância intrínseca à condição humana (Piovesan, 2009, p. 108).

Pode-se observar a influência do neoconstitucionalismo na sociedade brasileira a partir da CRFB/1988. Princípios e valores são introduzidos na Carta de 1988, bem como o Supremo Tribunal Federal destaca-se como o guardião da Constituição, e lhe são

atribuídos diversas competências conforme artigo 102, inciso I, alínea “a” a “r”, inciso II, alíneas “a” e “b”, inciso III, alíneas “a” a “d”.

A Constituição de 1988 passa a ser dotada de normas de caráter material, substantivo, condicionando a atuação estatal para determinados objetivos. A jurisprudência começa a utilizar técnicas interpretativas do Direito, fundamentada em princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais, etc. Logo, os juízes ganham grande relevância, vez que o sistema jurídico é garantido pelos mecanismos judiciais (Copetti Neto, 2013, p. 415).

No Estado Democrático de Direito a Constituição assume notável importância e passa a possuir normatividade, e conseqüentemente, vincula, limita e impõe a concretização dos direitos fundamentais. “O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional” (Oliveira, 2004, p. 51).

A Constituição de 1988 abre as perspectivas para as realizações dos direitos individuais, sociais e difusos, sendo que o Direito à presunção de inocência é um direito fundamental. Destaca-se que “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história” (Silva, 2017, p. 128). Barroso e Barcellos (2007, p. 273) registram que a CRFB/1988 ao ser promulgada representou um “[...] marco-zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou.”

Acertadamente Barroso (2005, p. 3) ressalta que com a CRFB/1988 ocorreu uma travessia no Estado brasileiro, de maneira bem sucedida, de um regime autoritário, intolerante, e, em certas ocasiões, violento, para um Estado Democrático de Direito. Sendo que com a CRFB/1988, “[...] o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços” (Barroso, 2005, p. 4). Entretanto, quando Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, desde 2013, argumentou sobre a interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, no voto dado ao Habeas Corpus

(HC) 126.291/SP, *intencionalmente*, esqueceu-se da conquista do Direito à presunção de inocência inserta na bela, frágil e forte Constituição de 1988.

O artigo 5º, inciso LVII, da Carta de 1988 é uma garantia penal constitucionalmente tutelada e afinal, está exposto o postulado da presunção de inocência. Como corolário do postulado do não retrocesso social, os Ministros do Supremo não têm autoridade para efetuarem uma interpretação restritiva quanto à presunção de inocência.

Na feliz expressão de Streck (2009, p. 253) “o neoconstitucionalismo resgata a “realidade perdida”, trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das “preocupações do positivismo”.” Por outro lado, Sarmento (2018) aduz que com o “[...] neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.”

Sarmento (2018) aponta três críticas ao neoconstitucionalismo, que são: 1) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; 2) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da cultura brasileira; 3) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito. Para Ommati (2018a, p. 156) o Estado Democrático de Direito brasileiro cede abertura para que o intérprete ao analisar um texto jurídico dê um novo *modismo*, ao afirmar que o texto é um princípio. Como resultado, vive-se “[...] uma ‘inflação’ e um uso indiscriminado, injustificado e não fundamentado de princípios [...]” (Ommati, 2018a, p. 156).

Barroso (2005, p. 11) destaca que o neoconstitucionalismo é um conjunto de transformações acontecidas no Estado e no direito constitucional. Sendo que possui três marcos: o histórico, a formação do Estado constitucional de direito; o filosófico, o pós-positivismo, destacando a centralidade dos direitos fundamentais, bem como a reaproximação do Direito e da ética; o teórico, várias mudanças que abarcam a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional, bem como o desenvolvimento de uma nova interpretação da Constituição (Barroso, 2005, p. 11-12).

Conforme Oliveira (2004, p. 78) adverte, “[...] a Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional-democrático.” Barroso e Barcellos (2007, p. 273) anunciam que a efetividade da Constituição é um rito de passagem para o início da maturidade institucional na sociedade brasileira, na qual tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. Consoante Barroso e Barcellos (2007, p. 273) as normas constitucionais alcançaram o *status* pleno de normas jurídicas, estando dotadas de imperatividade a tutelar de forma direta e imediatamente todas as situações que contemplam.

É necessário que no exercício da jurisdição “[...] as decisões judiciais sejam coerentes com o Direito vigente, e adequadas aos casos submetidos à apreciação judicial” (Oliveira, 2004, p. 51). Afinal, deve ser observado o princípio da certeza jurídica. Oliveira (2004, p. 51) expõe que:

[...] o princípio da certeza jurídica requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente e a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais.

Vespaziani (2015, p. 70) ressalta que na perspectiva literária “[...] a ambiguidade da linguagem é constitutiva da pluralidade de sentidos [...]”. Do ponto de vista do Direito, Vespaziani (2015, p. 70) aponta que:

Sob a perspectiva do direito, assume particular importância o discurso sobre os limites da linguagem e, portanto, sobre os limites do poder. A representação dominante do constitucionalismo tende a concebê-lo como um conjunto de técnicas e enunciados destinados ao controle e à limitação do poder: a linguagem constitucional vem apresentada como um instrumento a serviço do (bom) fim da manutenção da ordem política e das liberdades individuais e sociais. Mas, toda reflexão sobre a linguagem encontra logo a dimensão do limite, entendido seja como contenção do poder, uma zona de respeito aos direitos fundamentais, seja como incapacidade da linguagem jurídica de tutelar os valores fundamentais e as narrativas fundantes das comunidades.

Nota-se que com o Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988 e do neoconstitucionalismo, ocorreu a abertura para um diálogo entre o Direito e a Literatura, que proporciona um verdadeiro prazer de instantes férteis e encantamentos.

3 A INTERTEXTUALIDADE ENTRE O DIREITO E A LITERATURA

Interações frutíferas o Direito e a Literatura podem suscitar, dirigindo o debate relativo às probabilidades e limites da percepção do Direito (Godoy, 2007).

Objetividade e universalidade o Direito exige. Por definição, o Direito é um discurso dirigido à normatividade. Enquanto o Direito compõe-se de limites e critérios, ao autor literário não é necessário, vez que a “[...] vocação é, em princípio, a de enriquecer o espírito de quem lê, talvez também a de desconcertar o leitor, visando alertá-lo para situações dignas de atenção, mas não constitui uma esfera de normatividade necessária, embora possa contê-la [...]” (Freitas, 2002, p. 19).

Com Dworkin (2005, p. 217) verifica-se uma aproximação quanto à questão da interpretação entre Direito e Literatura. Afinal, o Direito se assemelha à literatura, conforme demonstrado na metáfora do romance em cadeia. Dworkin (2005, p. 200) deixa claro que:

O Direito é um empreendimento tal que as proposições de Direito não descrevem o mundo real da maneira como o fazem as proposições comuns, mas são antes proposições cuja asserção é garantida por regras básicas como as do exercício literário. Uma proposição de Direito pode ser afirmada como verdadeira, por essas regras básicas, se o poder soberano emitiu um comando de certo tipo, ou se funcionários adotaram certos tipos de regras de certa maneira, ou algo assim. A mesma proposição somente poderá ser negada como falsa se o poder soberano ordenou o contrário, ou se os funcionários adotaram uma regra contrária etc. Essa forma de positivismo não pressupõe a primeira versão da tese de nenhuma resposta correta porque não sugere a existência de nenhum espaço conceitual, na instituição do Direito, entre qualquer proposições e sua negação aparente.

Mesmo no positivismo jurídico, apesar de não ser caracterizada como uma teoria normativa, a oferecer uma justificação interpretativa, já não existia possibilidade de sustentar tal pretensão de neutralidade, porque “[...] toda descrição nunca é mera descrição, implica uma tomada de posição no mundo, em face do que pretende descrever” (Oliveira, 2009, p. 94).

A importância da interpretação literária e de outras formas de interpretação artística é observada por Dworkin em vários momentos. Dworkin (2005, p. 220-221) expõe que:

Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito de proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é interpretação. Mas isso

significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade. Seria bom que os juristas estudassem a interpretação literária e outras formas de interpretação artística.

O romancista Balzac é um bom crítico, e encontra-se na obra *A mulher de trinta anos* níveis e correntes de sentido, no lugar de um único e exaustivo tema. A obra possui um valor extraordinário, sendo que Balzac (1995, p. 86) deixa claro que uma “[...] mulher de trinta anos pode se tornar jovem, representar todos os papéis, ser pudica, e embelezar-se até com a própria desgraça.”

Com o novo posicionamento dos Ministros a respeito da presunção de inocência, percebe-se que, infelizmente, vários níveis e correntes de sentido foram apresentados pelos onze Ministros em relação à interpretação do artigo 5º, LVII, do texto constitucional. Sendo que para uma obra literária, é perfeitamente possível representar vários papéis. Ocorre, que o mesmo não podemos esperar de Ministros do Supremo que têm notável saber jurídico e necessitam ter coerência ao analisar um caso concreto e um texto constitucional.

Os romancistas não concordam com regras e categorias literárias absolutas e eternas, que escravizam o escritor e limitam sua liberdade criadora. Logo ganha peso a proposição da impossibilidade de generalizações na área da produção literária, aforando-se a originalidade de cada obra como fruto do inesperado poder criativo do escritor (Karam, 2017, p. 1025).

A criação de uma obra oferece uma marca inextinguível de sua individualidade e subjetividade. Afinal, a obra literária é entendida como produto de um gênio criativo (Karam, 2017, p. 1025). Deve-se tomar muito cuidado quando um intérprete, ao analisar um caso concreto, se vê como um gênio criativo. Os Ministros que deram uma nova interpretação à presunção de inocência atingiram a dignidade da pessoa ao rebaixar o indivíduo em objeto. Destaca-se quanto à possibilidade da dignidade da pessoa humana ser considerada atingida sempre que o indivíduo for rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, ou seja, sempre que o indivíduo venha a ser descaracterizado e desconsiderado como sujeito de direitos (Sarlet, 2004, p. 571).

Nota-se que com a vida social a literatura, em seu aspecto verbal, correlaciona-se, sendo que não se pode deixar de estudar a semelhança entre a série literária e as outras

séries sociais (Karam, 2017, p. 1027). Bem como o intérprete deve seguir os ensinamentos de Dworkin (2005, p. 238), que deixa claro:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.

Assim, é necessário que a interpretação seja percebida como uma atividade coletiva, vez que cada nova geração deve assumir o que foi realizado no passado para melhorar o trabalho (Ommati, 2018a, p. 150).

Importante destacar que uma prática literária ou pelo menos editorial é uma redução por amputação, ou seja, uma única excisão maciça, sendo que esta prática pode ser assistida nas “[...] edições de Robinson Crusoe para crianças que reduzem a narrativa à parte propriamente ‘robinsoniana’ no sentido corrente do termo [...]” (Genette, 2010, p. 78). No Estado Democrático de Direito uma redução por amputação parece ser *normal* entre os Ministros do Supremo, afinal, foi o que a maioria dos Ministros fizeram ao reinterpretarem o artigo 5, inciso LVII, da CRFB/1988. Uma verdadeira violação dos direitos e garantias do acusado ocorre a partir deste novo posicionamento da Corte Suprema.

É de grande relevância os estudos do Direito e da Literatura. Afinal, na Literatura a liberdade do autor é total, uma liberdade criativa plena, enquanto no campo do Direito a liberdade criativa não é total, caso contrário leva ao ativismo judicial. Tanto na Literatura quanto no campo das discussões jurídicas constata-se a presença do tema da criação, existindo no Direito “[...] uma constante oscilação entre concepções de prevalência ora objetivista ora subjetivista e que a aposta na liberdade criativa do juiz vem sempre associada à subjetividade” (Karam, 2017, p. 1034).

Infelizmente, verifica-se uma liberdade criativa sem limites nos argumentos dos Ministros do Supremo que são favoráveis à execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, sendo que se constata a violação dos direitos humanos. Afinal, conforme Baldi (2004, p. 33-34) evidencia, os direitos humanos precisam instituir “a expressão das “vozes do sofrimento humano”, lutando-se contra todas as formas de inviabilização deste, desmascarando os procedimentos que estabelecem que determinados sofrimentos coletivos ou individuais não sejam vistos como violações de direitos humanos.”

O romance de Balzac possibilita um acesso indireto, mediato e sem dúvida fragmentado pela literatura, sendo que essa vida pode influenciar o mundo jurídico de diversas formas, dentre ela sensibilizando os intérpretes do Direito para um amadurecimento. Afinal, este ano de 2018 completaram trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Trinta anos que os Ministros do Supremo têm interpretado o texto constitucional com a abertura para os valores.

Repensar o Direito, neste início de século, é o desafio que se impõe aos juristas. E, dentre as inúmeras e diversas alternativas que se apresentam, o estudo do Direito e Literatura assume especial relevância. A interdisciplinariedade é essencial, vez que consiste no cruzamento dos caminhos do Direito com as demais áreas do conhecimento, o campo jurídico e o literário ao se aproximarem favorece ao Direito assimilar a capacidade criadora, crítica da literatura. Consequentemente supera as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, como também, reconhece a relevância do caráter constitutivo da linguagem, ressaltando-se os paradigmas da intertextualidade e da intersubjetividade (Trindade; Gubert, 2008, p. 11-12).

Enquanto a narrativa de um romance não precisa obedecer regra alguma, no mundo jurídico as narrativas “[...] e o próprio modo em que vêm a ser contadas do decurso do processo, têm que obedecer às regras, à lógica de um particular universo jurídico” (Silva, 2008, p. 85). Importante destacar que o Direito não busca o belo, o esteticamente agradável ou algo do gênero, ao contrário da Literatura. Afinal de contas, as interpretações jurídicas necessitam assumir a realização de uma comunidade formada por indivíduos livres e iguais, de maneira que as interpretações se ajustem em uma história política digna de ser relatada (Ommati, 2018a, p. 147).

O discurso jurídico é separado do discurso literário por Ost (2006, p. 335) da seguinte forma:

Mientras que el Derecho codifica la realidad, institucionalizándola en una estrecha red de requisitos previamente acordados, contemplados en un complejo sistema de límites y prohibiciones, la literatura, en cambio, libera las posibilidades del pensamiento, suspende y nuestra certidumbre, despierta nuestra energía de su letargo, sacude identidades y concenciones y nos lleva a una encrucijada donde todo puede comenzar de cero.²

Ost (2006, p. 335) informa que “[...] el Derecho selecciona, establece herarquías y crea reglas, la narrativa literaria satisface un infinito de “variaciones imaginativas”. [...]. La ficción literaria cultiva la ambigüedad de sus personajes y juega con la ambivalencia de las situaciones que ella misma crea.”³

Por muitas vezes, o papel de testemunha da realidade social e, também, da realidade jurídica a obra literária cumpre. “Da ficção ao relato, do formato de poesia ao de romance, a literatura conjuga formas e estilos de escrita capazes de retratar a sociedade e suas relações sociais sob espectros particulares e em atenção às suas especificidades” (Siqueira, 2011, p. 48).

Um importante trecho da obra de Balzac (1995, p. 87) é que aos trinta anos a mulher ri, graceja e enternece sem se comprometer. “O seu silêncio é tão perigoso como as suas palavras. Nunca se pode adivinhar, se nessa idade, é franca ou falsa, se zomba ou se é de boa fé nas suas confissões” (Balzac, 1995, p. 87). Comparando a obra de Balzac com a interpretação dada à presunção de inocência pelos Ministros do Supremo que são favoráveis ao novo posicionamento, examina-se que as suas palavras foram falsas, zombaram dos indivíduos ao restringirem o direito fundamental do condenado ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

² “Enquanto a lei codifica a realidade, institucionalizando-a em uma estreita rede de requisitos previamente acordados, contemplada em um complexo sistema de limites e proibições, a literatura, por outro lado, libera as possibilidades de pensamento, suspensões e nossa certeza, desperta nossa energia letargia, agita identidades e concentrações e nos leva a uma encruzilhada onde tudo pode começar do zero” (Ost, 2006, p. 335, tradução nossa).

³ “[...] o Direito seleciona, estabelece hierarquias e cria regras, a narrativa literária satisfaz um infinito de “variações imaginativas”. [...]. A ficção literária cultiva a ambiguidade de seus personagens e joga com a ambivalência das situações que cria” (Ost, 2006, p. 335, tradução nossa).

Balzac (1995, p. 88) destacou que “Vandenesse achava ainda a marquesa mais hábil do que verdadeira [...]”, pode-se afirmar que alguns Ministros do Supremo⁴ ao proferirem seus votos no HC 126.292 demonstraram uma habilidade para criarem justificativas sobre uma nova interpretação da presunção de inocência e deixaram de lado a verdadeira hermenêutica, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Por parte dos Ministros do STF existe a necessidade de um “[...] selo de um contrato solene” (Balzac, 1995, p. 89). Afinal, a Constituição de 1988 assegura o direito à presunção de inocência, e os Ministros estão vinculados a respeitarem os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais e a CRFB/1988 se fundem. Aos Ministros cabe interpretar o direito em prol do ser humano. Afinal, “[...] os raciocínios se resumem em um só, em uma última reflexão que se funde em um desejo e que o alimenta.” (Balzac, 1995, p. 89).

A Constituição de 1988 desde a sua promulgação lembra os sentimentos da senhora D’Aiglemont e do senhor Vandenesse, pois reveste de graça da mocidade, dando-nos todas as seduções, todos os encantos da vida. Ocorre que os Ministros do STF não podem diminuir a força normativa da CRFB/1988. Enfim, foi o que fizeram ao dar uma interpretação restringindo o direito fundamental à presunção de inocência.

4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Além da tarefa da Constituição apontar para o futuro, é necessário proteger os direitos já conquistados. A interpretação tradicional, com o avanço do direito constitucional, deixou de ser completamente suficiente. O juiz torna-se um intérprete coparticipante do processo da criação do Direito e a hermenêutica jurídica desponta no Brasil com a Constituição de 1988.

Por meio da hermenêutica, o judiciário precisa “[...] redescobrir como pressuposto a vontade humana de sentido universal, por detrás de toda a vontade humana de poder e reinterpretar a partir de uma reflexão sobre a temporalidade ou caducidade fundamental do existir” (Ommati, 2018a, p. 89).

⁴ Tais como os Ministros Teori Zavaski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

A Constituição de 1988 tem por norte a perspectiva pós-positivista, sendo que o agir do intérprete deve estar delineado pela ideia de que o processo no Estado Democrático de Direito é uma construção compartilhada, que se inicia da principiologia constitucional, sendo que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito devem “[...] estar presentes em todo o *iter* processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica” (Streck, 2009, p. 263-264).

A hermenêutica, com o aparecimento da modernidade, começa a se mostrar como uma ciência auxiliar, apreensiva com o correto entendimento dos textos eclesiásticos. O iniciador da hermenêutica iluminista foi Schleiermacher, visto que foi o primeiro autor a se reportar ao círculo hermenêutico como elemento fundamental de qualquer processo interpretativo (Pedron; Ommati, 2018, p. 659).

Inicialmente Heidegger e posteriormente Gadamer, fomentaram um movimento propagado como giro hermenêutico que, em resumo, pode ser entendido como a descoberta da linguagem como elemento central para a assimilação do homem e do mundo (Pedron; Ommati, 2018, p. 659). Para Gadamer (1997, p. 709) “[...] é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos.”

Tovar e Moreira (2016, p. 20-21) ressaltam que com a adoção dos pressupostos teóricos hermenêuticos muito temos a ganhar, iniciando-se pela adequada alteridade, que pode ser percebida como fundamento de um contraditório dos mais substanciais, “[...] compreensão e fundamentação, combate à discricionariedade e ao arbítrio decisório, fulcrado, por vezes, em ‘juízo de autoridade’, algo incondizente com um Estado Democrático de Direito.”

A hermenêutica tem uma grande importância no Estado Democrático de Direito. Afinal, observa-se que parcela expressiva das palavras da lei são plurívocas, contudo, aos intérpretes não cabem conferir os sentidos que mais lhe convenham (Streck, 2009, p. 267). Ainda assim, é importante lembrar que existem textos que são claros, como o inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988 e mesmo que alguns intérpretes não o considerem claro é necessário analisá-lo de maneira coerente.

Nota-se que “[...] o termo hermenêutica [...] não é apenas um trabalho mecânico, mas envolve uma relação de circularidade entre compreensão, interpretação e aplicação, além de uma relação de envolvimento entre o texto e o leitor” (Ommati, 2018a, p. 77).

Conforme Streck (2009, p. 271) adverte, o jurista ao interpretar “[...] não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘esta terceira coisa’ que é a linguagem; na verdade, ele está desde sempre jogado na lingüisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc).” É necessário observar o Direito com base na segurança de direitos, afinal centra-se na própria ideia de dignidade.

A alusão à linguagem em relação com o Direito é uma pré-compreensão no sentido hermenêutico de modo predeterminado, de olhar a realidade culturalmente motivada (Freitas, 2002, p. 11). Sentidos plúrimos a fala, o discurso e a linguagem possuem, dependendo de quem os utiliza em determinado momento, espaço, contexto, em qual tonalidade e em que forma (Olivo, 2005, p. 26). Ocorre que o intérprete brasileiro tem o dever de lembrar-se de que no Direito a linguagem está limitada. Gadamer (1997, p. 687) ressalta que:

O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação. Por isso não falamos somente de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem.

Cappelletti (1993, p. 21) expõe que toda interpretação do judiciário é criativa e existem graus de atuação criativa-interpretativa, bem como o problema é o “[...] grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.” Sendo que Cappelletti (1993, p. 24) esclarece que apesar do juiz ser o criador do Direito, não é precisamente um criador inteiramente livre de vínculos, pois existe nos sistemas jurídicos limites à liberdade judicial.

Com o neoconstitucionalismo notamos que os Ministros do Supremo usam o poder das palavras. A hermenêutica jurisprudencial é visível para basear os textos constitucionais. Acontece que quando a palavra é usada com múltiplos recursos linguísticos, os intérpretes criam um excesso de emoção e uma inflação fictícia de valores.

É notório o aumento da fragmentarização do Direito, assinalado por decisões judiciais munidas de discricionariedades, como se fosse possível sustentar que a interpretação é, simplesmente, um ato de vontade (Tovar; Moreira, 2016, p. 2). Um exemplo visível é o julgado do STF no Habeas corpus 126.291/SP, que relativizou a interpretação dada ao artigo 5º, LVII, da CRFB/1988. Afinal, nota-se que o Supremo restringe o direito de defesa, viola o princípio do contraditório e “[...] ignora a legitimidade constitucional-democrática dos outros participantes do círculo hermenêutico constitucional, inclusive a esfera pública em geral, simplesmente excluindo-os” (Ribeiro; Costa; Oliveira, 2018, p. 10).

Não há objeção quanto ao Direito ser uma instituição eminentemente humana, e assim, tem como realidade a não exclusão da linguagem. Nas suas variantes manifestações e instâncias, o mundo jurídico perfaz através da linguagem (Freitas, 2002, p. 10). Apesar da linguagem ser, constantemente, concisa e rigorosa, deve ser adequada às necessidades da situação em que aparece, “[...] sendo ora despojada e fria, ora profunda e fundamentante, assumindo, até, por vezes, dimensões de complexidade que podem não ser evitáveis” (Freitas, 2002, p. 11).

Em concordância com que Karam (2017, p. 1039) aduz, é necessário “[...] repensar o conceito de criação no âmbito da teoria do Direito, sob um viés hermenêutico-filosófico. Nessa tarefa, a teoria da literatura, mediante a interlocução proporcionada pelos estudos em direito e literatura, pode vir a colaborar.”

Dworkin (1999, p. 275) ressalta que:

É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo.

Dworkin (1999, p. 109) informa que o Direito é um significado interpretativo, sendo que em geral os juízes certificam o dever de prosseguir o desempenho do ofício o qual aderiram, em lugar de descartá-lo. Sendo que os juízes apresentam “[...] em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho” (Dworkin, 1999, p. 109).

Infelizmente, os Ministros do STF ao mudarem o posicionamento do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, demonstraram em suas argumentações que não utilizam o modelo de Dworkin.

5 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Corte Suprema, através da jurisdição constitucional, tem a possibilidade de realizar os direitos e valores inseridos na Carta de 1988. A CRFB/1988 além de possuir regras com *conteúdo suficiente*, vale dizer, prevê direitos, deveres e objeto, componentes imprescindíveis à configuração da relação jurídica da qual manifesta pretensão resistida suscetível de solução judicial, também, contempla *valores* fundamentais da nação, que às vezes convergem para o caso concreto impondo ao intérprete a técnica de ponderação ou da integração.

Em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do STF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgou o Habeas Corpus 126.291/SP, conforme inserto no informativo 814. A maioria dos ministros posicionou na possibilidade do início da execução da pena condenatória após a prolação de acordão condenatório em segundo grau.⁵ O paciente M. R. D. foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, pela prática de crime de roubo majorado, em regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade. O HC 126.291/SP foi impetrado contra a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Falcão, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consequentemente ficou declarado pelos Ministros que a execução antes do trânsito em julgado pode ser aplicada ao indivíduo, não comprometendo o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência.

Desde 05 de fevereiro de 2009, o plenário do STF, de relatoria do Ministro Eros Grau, no HC 84.078/MG, se posicionava no sentido de que enquanto não houvesse o trânsito em julgado para as partes, o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena. Era observado a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da

⁵ Os ministros, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, consideraram imprescindíveis a observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o indivíduo seja considerado culpado.

CRFB/1988, a presunção de inocência, bem como observa-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Com a mudança de posicionamento do STF dependendo da turma da Corte em que um HC for analisado será concedido ou não o remédio constitucional. Um caso em que o paciente teve o pedido de liminar deferido e que ocorreu a interrupção da execução provisória da pena foi o do ex-prefeito de Fernandópolis/SP, L. V. S.. Em 25 de outubro de 2017, o Ministro, Gilmar Mendes, deferiu o pedido de liminar no HC 147.953/SP. O Ex-prefeito foi condenado à pena de 13 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como a pagar 37 dias-multa, pela prática dos crimes tipificados no artigo 1º, I e II, do Decreto nº 201/1967 e no artigo 299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal. Em outro julgamento, HC 152.752, em 04 de abril de 2018, de relatoria do Ministro Edson Fachin, a defesa de L. I. L. S. tentava impedir a execução antecipada da pena de 12 anos e 1 mês de reclusão, por crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Ocorre que a maioria dos Ministros rejeitou o HC.

Observa-se com a mudança de posicionamento do plenário do STF que vários princípios dispostos na CRFB/1988 estão sendo desrespeitados, dentre eles o princípio da dignidade humana, da igualdade e da segurança jurídica. Destaca-se que o princípio da igualdade é uma regra de interpretação para o intérprete. Este não poderá dar à lei entendimento que crie distinções. Entretanto, os Ministros do STF vêm demonstrando que a interpretação que acharem mais conveniente às normas serão dadas ao analisarem um caso.

As justificativas quanto à interpretação sobre a presunção de inocência são fundamentadas pelos Ministros da Corte com base na CRFB/1988, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e no Direito comparado. Contudo, os onze Ministros do STF que justificam o posicionamento quanto à interpretação dada à presunção de inocência utilizam estes instrumentos em sentidos diversos às linguagens apresentadas nos respectivos textos.

Presencia-se que os Ministros que foram favoráveis ao novo posicionamento sobre a presunção de inocência ressaltam a ponderação como técnica interpretativa. Acontece que em argumentos em favor da legitimidade do Direito os intérpretes brasileiros devem respeitar o espírito da integridade, com o objetivo de escolher a melhor interpretação, já

que a maioria dos Ministros considera o inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988 como um caso difícil.

Os ministros do Supremo que argumentam favoráveis ao novo posicionamento do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988 utilizam a ponderação de Alexy para justificar os votos. Entretanto, a melhor interpretação para ser utilizada é a dworkiniana, na linha proposta como integridade. Afinal “[...] o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas” (Dworkin, 1999, p. 119).

Um ideal político a integridade torna-se quando demandamos o mesmo da comunidade ou do Estado, “[...] considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos” (Dworkin, 1999, p. 202).

Dworkin (1999, p. 213) ressalta dois princípios de integridade política: o princípio legislativo (que pede aos legisladores que busquem tornar o conjunto de leis moralmente lógico) e o princípio jurisdicional (que reivindica que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido). Os Ministros que mudaram a interpretação da presunção de inocência deram um novo sentido à literalidade do artigo 5º, LVII, CRFB/1988, demonstrando que o imaginário literário prevaleceu e não foi seguida a norma. A Constituição de 1988 elenca no artigo 5º, inciso LVII, a presunção de inocência. Afinal, o texto expõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

“A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas” (Dworkin, 1999, p. 230). Dworkin (1999, p. 260-261) deixa claro “[...] que a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais.”

É necessário que os Ministros do Supremo tratem, demonstrem e respeitem nosso atual sistema de normas públicas como um conjunto coerente de princípios para, finalmente, interpretarem essas normas de modo a desvendar normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Enfim, conforme aduz Dworkin (1999, p. 261), “a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal.”

Nos argumentos dos Ministros que são favoráveis à execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, não se vê a justiça, a equidade e o devido processo legal.

Conforme aduz Trindade, (2015, p. 250), uma *máscara da subjetividade* a proporcionalidade e a razoabilidade geraram, tendo em vista “[...] que passaram a ser aplicadas como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem.” Para que no texto constitucional seja aplicada a proporcionalidade é necessário que o texto interpretado seja dotado de um grau de abertura e indeterminação, ocorre que o artigo 5º, LVII, da CRFB/1988 é bastante claro e não cabe uma mutação, ainda mais inconstitucional. Ademais, mesmo que coubesse uma interpretação no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988, conforme a maioria dos Ministros entende, a melhor solução é a linha proposta como integridade de Dworkin, conforme já salientada.

Observa-se que o novo posicionamento do Supremo quanto à presunção de inocência demonstra claramente a contradição com o texto constitucional, bem como contraria o artigo 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988⁶. No mesmo sentido Trindade (2016, p. 753) expõe que “[...] o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988.”

Com a nova interpretação dada ao artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, observa-se que a maioria dos Ministros utiliza-se do ativismo, sendo “[...] marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico” (Trindade, 2016, 765).

Comungamos o mesmo posicionamento de Pedron e Ommati (2018, p. 660) ao informarem que:

A interpretação jurídica, assim, é muito semelhante a um exercício literário de escrita de um romance a várias mãos, aquilo que Ronald Dworkin denominará de romance em cadeia. Isso porque os juízes não podem dizer qualquer coisa sobre o sentido da Lei ou da Constituição.

⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]. 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV—os direitos e garantias individuais.”

Afinal, como intérpretes, devem fazer valer uma vontade independentemente de seus próprios interesses. Em uma bela expressão de Hans-Georg Gadamer (2003), somente é possível hermenêutica jurídica quando a lei vincula a todos por igual. E nos acrescentamos: inclusive aos juízes. Assim, os juízes não podem substituir os termos legais ou constitucionais por seus próprios desejos e intenções.

É necessário perquirir o papel contra majoritário que o judiciário apresenta, pois ao alterar a literalidade do artigo 5, inciso LVII, da Carta de 1988, presencia um retrocesso dos direitos dos indivíduos, e não uma proteção e uma implementação à democracia constitucional.

O Supremo tem o dever de resguardar o direito fundamental à presunção de inocência, não de removê-lo. Apesar da Corte Suprema ter a possibilidade de perseguir novas possibilidades e a satisfação dos interesses individuais fundamentais, o que se observa quanto à mudança da interpretação do inciso LVII do artigo 5º da CRFB/1988 é que o judiciário restringiu o direito.

Conforme Vespaziani (2015, p. 76) aduz:

[...] enquanto as artes narrativas e persuasivas concentram-se nas emoções, tem-se um evento imprevisto que rompe a ordem pré-estabelecida para, então, estabelecê-la de novo; as artes jurídicas e argumentativas fundam-se no controle racional das razões adotadas (tópica), das histórias contadas, e exigem a sua inserção numa estrutura lógica que se conforme a ideias de coerência.

O novo posicionamento dos Ministros deixa claro um ato de vontade aberto a um tipo de decisionismo e voluntarismo. Observa-se uma imaturidade por parte dos Ministros quanto às interpretações utilizadas. Consequentemente “[...] tem-se um “estado de exceção hermenêutico”, em que a partir de um “grau zero de sentido”, são atribuídos sentidos aos textos, de acordo com a vontade do intérprete” (Streck, 2009, p. 243-244).

Ommati (2018b, p. 179) expõe que é um verdadeiro *estado de inocência* o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A necessidade de observar uma hermenêutica no sentido Dworkiana se faz imprescindível para ser aplicada a verdadeira interpretação para este mundo contemporâneo.

Conforme Streck (2009, p. 245) expressa, um *dever* o processo hermenêutico deve ser. Assim, é necessário dar sentido à interpretação. Afinal, precisa-se “[...] construir

sítios de significância (delimitar domínios) [...]” (Streck, 2009, p. 245). Ocorre que o artigo 5, LVII, da Constituição de 1988, consoante Ommati (2018b, p. 182) expressa, é um “[...] texto constitucional expreso e claro no sentido de que qualquer cidadão somente poderá ser considerado culpado e ser recolhido à prisão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Ademais, a maioria dos Ministros do Supremo além de deixarem de lado o dispositivo constitucional, também, deixa de lado o dispositivo legal do Código de Processo Penal, artigo 283, que praticamente repete o texto constitucional.⁷ Dessarte que o Supremo tornou a interpretar “[...] dispositivo constitucional de modo inconstitucional e, além disso, ainda deixou de aplicar dispositivo legal aprovado democraticamente pelo Legislativo sem afastar sua aplicação por inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade” (Ommati, 2018b, p. 183).

É necessário destacar que as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 discutem os limites da interpretação a respeito da presunção de inocência. Ademais, conforme Streck (2018, p. 624) informa em entrevista a Henriete Karam é essencial “[...] que o Tribunal deixe que o texto do Código de Processo Penal e o da Constituição digam algo.”

Não há como negar que para os Ministros que votaram favoráveis à mudança de posicionamento quanto à possibilidade da execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988 é um princípio. Os Ministros, ao encararem o referido inciso como princípio, devem respeitar os direitos dos indivíduos. Desse modo, é necessário ressaltar os apontamentos de Ommati (2018a, p. 149), que expõe:

Assim, o juiz deve decidir pelo princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo os direitos dos cidadãos. O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer todos os afetados por sua decisão de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação da decisão, seja do administrador, seja do juiz, mas sempre como densificação dos princípios jurídicos existentes. E tais princípios se corporificam nos

⁷ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

princípios da igualdade e liberdade entendidos como tratar a todos com igual respeito e consideração.

O novo posicionamento do Supremo quanto à possibilidade da execução provisória da pena após o segundo grau demonstra a não observância dos princípios da igualdade e da liberdade, estando visíveis as violações nas decisões tomadas pelos Ministros. O Ministro relator, Teori Zavascki, utilizando-se da ponderação como suposto raciocínio, conclui que a pretensão individual de defesa está abaixo dos interesses sociais albergados pelo poder punitivo (Ribeiro; Costa; Oliveira, 2018, p. 8).

O Ministro Teori Zavascki deixou claro que o princípio da presunção de inocência tem menor peso que a busca pela efetividade da função jurisdicional penal. Com o novo posicionamento dos Ministros do Supremo quanto à presunção de inocência, observa-se “[...] a consolidação de um sistema marcadamente inquisitorial, em que cada vez mais se prega a eficiência de resposta aos anseios sociais de punição, mesmo que em detrimento da paridade de armas entre acusação e defesa” (Ribeiro; Costa; Oliveira, 2018, p. 8).

É inadmissível que os Ministros do STF não estejam vinculados ao direito fundamental constitucional à presunção de inocência, afinal o Estado Brasileiro é um Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo abriu margem para os Ministros do Supremo Tribunal Federal interpretarem o Direito, em especial o texto constitucional. Aos Ministros do Supremo cabem reafirmar o projeto de uma Constituição cidadã, portanto, é necessário que as decisões judiciais sejam harmônicas com o Direito vigente.

O Direito está longe de ser uma questão de política pessoal ou partidária. Por isso, os Ministros do STF estão vinculados e limitados à normatização da Constituição, sendo que as decisões jurisdicionais devem visar a concretização dos direitos fundamentais. Uma nova história a Constituição de 1988 representou ao ser implantada com seu caráter cidadão. Ocorre que trinta anos se passaram e pode-se observar que o próprio poder judiciário restringe o direito fundamental da presunção de inocência em diversos casos.

No Estado Democrático de Direito Brasileiro o neoconstitucionalismo proporcionou a intertextualidade do mundo jurídico com a contribuição da Teoria da

Literatura. O mundo jurídico perfaz através da linguagem, vez que os princípios passaram a ter grande destaque com a Constituição de 1988.

O Direito e a Literatura proporcionam interações que produzem excelentes frutos. A interpretação literária deve ser estudada por juristas e é necessário observar as probabilidades e os limites da percepção do Direito. Ademais, os romancistas podem inventar, enquanto a Corte Suprema deve reconhecer na literatura e na linguagem um resgate do poder humanizador e jamais rebaixar o indivíduo a um objeto. Afinal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm o dever de garantir e respeitar os direitos fundamentais.

Evidencia-se uma imaturidade quanto à hermenêutica apresentada pelos Ministros em relação ao novo posicionamento quanto à presunção de inocência, apesar dos trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no Estado Democrático de Direito. Conclui-se que os intérpretes do Direito não seguem a linha Dworkiana e utilizam a ponderação de Alexy em suas argumentações. Descrever o Direito como integridade para que os intérpretes cheguem a uma concepção coerente de justiça e equidade é o caminho mais acertado nesta contemporaneidade.

Apontamentos do romance de Honoré de Balzac, em especial ao capítulo III, *Aos trinta anos de Júlia*, foram feitos, para comparar a maturidade de Júlia e a imaturidade da maioria dos Ministros do Supremo quanto à análise da hermenêutica utilizada na presunção de inocência. Também, pode ser observado que a Constituição da República Federativa do Brasil é uma conquista de todos os indivíduos e que apesar de estar frágil com os posicionamentos contrários a respeito do direito fundamental à presunção de inocência, pelo próprio guardião da Constituição, ainda evidencia sua força.

Na sociedade brasileira, com a Constituição de 1988 ocorreu um rito de passagem para o início da maturidade institucional. Ocorre que alguns posicionamentos dos Ministros do Supremo têm demonstrado a total imaturidade dos argumentos jurídicos. Ao contrário do que o romancista Balzac informa quanto à chegada dos trinta anos de Júlia e sua maturidade, não se observa a maturidade da maioria dos Ministros do Supremo quanto às interpretações dadas em relação à presunção de inocência.

Em suma, desde 05 de fevereiro de 2009, na ementa do Habeas Corpus 84.078/MG, a maioria dos Ministros do STF acordou que a melhor interpretação para o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988 era a observância da literalidade do texto constitucional.

Ocorre que, em 17 de fevereiro de 2016, a maioria dos Ministros do Supremo mudou o posicionamento quanto à interpretação do artigo 5º, LVII, da CRFB/1988. A partir deste momento, há possibilidade da execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição. Assim, desde 2016, a possibilidade da execução provisória antes do trânsito em julgado tem prevalecido, apesar de alguns Ministros decidirem de forma contrária, o que demonstra uma imaturidade dos mesmos quanto à nova interpretação sobre a presunção de inocência. Afinal, várias normas foram e são desrespeitadas. Ademais, aos Ministros do Supremo cabem interpretar os casos para que os indivíduos possam aceitá-las como decisões racionais, sendo que a melhor interpretação a ser seguida é a Dworkiana na linha proposta como integridade. Enfim, observa-se que o novo posicionamento dos Ministros do STF demonstra práticas inconciliáveis com o projeto constitucional do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2017.
- BALDI, César, Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em perspectiva intercultural. In: César Augusto Baldi (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 3-44.
- BALZAC, Honoré de. *A mulher de trinta anos*. São Paulo: Nova Cultural, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005. Doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2007. p. 271-317.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas corpus n. 126.291/SP*. 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. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de

2016. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.
Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 147.953/SP*. Medida cautelar no Habeas Corpus 147.953/SP. Paciente: Luiz Vilar de Siqueira. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Coator: Relator do HC n. 413.757 do Superior Tribunal de Justiça. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de outubro de 2017. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=147953&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus n. 84.078/MG*. 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. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.
Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas corpus n. 152.752/PR*. Habeas Corpus. Matéria Criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 814*. Brasília, DF, 10-19 fevereiro de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. In: *Vade mecum*. 20. ed. São Paulo: Rideel, p. 430-477, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

COPELTI NETO, Alfredo. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jun.-dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações: breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito*.

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. n. 6, p. 1-26, 2002. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/235.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GENETTE, Gérard. *Palimpsestos: a literatura de segunda mão*. Belo Horizonte: Edições Viva Voz, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura*. Os pais fundadores; John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1438, jun. 2007.

KARAM, Henriete. O direito na contramão da literatura: a criação no paradigma contemporâneo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 3, p. 1022-1043, 2017. Doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429566>.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista Faculdade Direito UFMG*. Belo Horizonte, MG, n. 54, p. 91-118, jan.-jun. 2009.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. *O estudo do direito através da literatura*. Tubarão: Editorial Studium, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

OST, François. *El reflejo del la literatura*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho. Espanha, n. 29, p. 333-348, 2006. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-reflejo-del-derecho-en-la-literatura-o/>. Acesso em: 29 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan.-mar. 2009.

PEDRON, Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos precedentes judiciais. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, c. 19, n. 119, p. 645-668, out. 2017-jan. 2018.

RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Quem deve ser o guardião da constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, p. 225-245, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional

brasileira. In: César Augusto Baldi (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 555-599.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SILVA, Joana Maria Madeira de Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídica*. 2008. 412 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Minho, Portugal. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. *Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Fundação Boiteux, v. 4. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; KARAM, Henriete. A literatura ajuda a existencializar o direito. *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 4, n. 2, p. 615-626, 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.42.615-626>

TOVAR, Leonardo Zehuri; MOREIRA, Nelson Camatta. O texto só ganha vida na sua norma: por um resgate hermenêutico da compreensão ou porque não há como dar respostas antes das perguntas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 19, n. 37, p. 1-22, 2016. Doi: <http://doi.org/10.5752/P.2.318-7999.2016v19n37p65>.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito e literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-66.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no direito processual brasileiro. RECHTD. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 7, p. 243-252, set.-dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04/5021>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 10 dez. 2018.

VESPAZIANI, Alberto. O poder da linguagem e as narrativas processuais. Tradução: André Karam Trindade. *Anamorphosis- Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-84, jan.-jun. 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.11.69-84>.