

O JUÍZ HÉRCULES E OS CASOS DIFÍCEIS DO STF

JUDGE HERCULES AND THE HARD CASES OF THE SUPREME COURT

Laura Siqueira Coutinho¹
Ana Carolina de Faria Silvestre²

RESUMO

O presente artigo se debruçou sobre a teoria hermenêutica de Ronald Dworkin, fazendo uma abordagem não somente bibliográfica, mas também analítica. O foco principal da investigação é apresentar a teoria Dworkiniana como o horizonte teórico a partir do qual se investigará pragmaticamente casos difíceis no Supremo Tribunal Federal. Através da figura do Juiz Hércules, propõe-se, ao menos, uma alternativa de superação do positivismo, buscando entender se os juízes, ao desempenhar a tarefa árdua de encontrar o direito das partes, olharam com transparência e senso de realidade e responsabilidade para os efeitos e consequências de suas decisões, fundamentando suas sentenças não apenas em regras e códigos, mas também em princípios como o da integridade.

Palavras-chave: Integridade; Ronald Dworkin; Juiz Hércules; Casos Difíceis; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present article focused on Ronald Dworkin's theory of legal hermeneutics, taking a not only a bibliographical approach but also an analytical one. The main focus is to present Dworkin's theory as the theoretical background from which we will pragmatically investigate hard cases in Federal Supreme Court in Brazil. Through the figure of Judge Hercules we propose, at least, an alternative of overcoming legal positivism and seeking to understand whether judges, in carrying out the arduous task of finding the parties' right, have looked with transparency and sense of reality and responsibility to the effects and consequences of their decisions, basing their verdicts not only in rules and codes, but also in principles such as integrity.

Keywords: Integrity; Ronald Dworkin; Judge Hercules; Hard Cases; Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduanda em Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

² Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, doutoranda em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professora na FDSM.

As diretrizes de organização e o funcionamento de um Estado, bem como a posição do indivíduo na sociedade, dependem de conclusões fundamentais sustentadas pelo Direito, entretanto existem casos difíceis, os chamados “*hard cases*”, em que a legislação não abarca situações a serem resolvidas pelos juízes. Nesse contexto surge a figura fictícia criada por Ronald Dworkin, o Juiz Hércules, que é capaz de discernir quais são os direitos das partes sempre que necessário, mesmo que nenhuma regra regule os fatos a serem resolvidos.

O presente artigo busca analisar casos difíceis do Supremo Tribunal Federal sob a luz da teoria de Dworkin e através da figura do Juiz Hércules e assim, entender se os presentes juízes criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando com transparência e senso de realidade para as consequências e efeitos colaterais de suas sentenças.

O recorte da pesquisa é o Habeas Corpus número 84078, passando pelo Habeas Corpus de número 126292 até o Habeas Corpus 152752 de uma forma analítico dedutiva sob o ponto de vista do direito como integridade de Dworkin.

Dworkin é um dos mais importantes teóricos do direito da atualidade, seu pensamento é objeto de diversos estudos no Brasil, entretanto é analisado frequentemente pelo viés exclusivamente teórico. O presente artigo avança as barreiras do conhecimento científico, pois analisa pragmaticamente alguns julgados do STF que poderiam ser enquadrados como casos difíceis e avança, propondo ao menos uma alternativa de superação do positivismo.

Debates sobre a discricionariedade e liberdade dos juízes em suas decisões são recorrentes na teoria do direito. Neste contexto Ronald Dworkin ficou famoso ao criticar o modelo Positivista na década de 70. No início do quarto capítulo de “Levando os Direitos à Sério” uma das suas principais e inovadoras obras, Dworkin alega que o positivismo jurídico apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis.

Deparando-se com um caso difícil o juiz positivista criava novos direitos e aplicava-os retroativamente ao caso objeto de sua decisão, portanto tal liberdade refletiria na criação de direitos que até o momento eram inexistentes. Assim afirmava Dworkin ao salientar que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra”³.

³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127

Para ele, além do uso das regras, os princípios são essenciais para resolver casos obscuros, pois permitem desvelar o que até então se encontrava oculto, podendo assim resolver a situação desafiadora da racionalidade jurídica. Tomar como base o pensamento de Dworkin e em sua teoria procurar respostas e mecanismos para a resolução de conflitos difíceis pode se apresentar como uma possível maneira de melhorar e aprimorar as decisões dos magistrados, através de uma harmonia na observância de regras preexistentes e princípios como o da integridade. Quebrando paradigmas do positivismo jurídico construindo marcos teóricos para o pensamento contemporâneo.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS DE DWORKIN NA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

2.1 Crítica ao Positivismo

As obras de Dworkin apresentam uma dura crítica ao positivismo metodológico proposto por Herbert Hart em especial sobre o conceito de poder discricionário e suas repercussões para a interpretação jurídica e aplicação do direito.

A construção de uma teoria da interpretação feita por Dworkin tem como ponto de partida a crítica à metodologia tradicional utilizada pelos juízes diante de uma possibilidade de decisão discricionária, questões de divergência interpretativa ou ainda diante de caso difícil em que há falta de regra clara que regulamente a matéria os fazendo decidir de qualquer maneira e de maneira errada.

Antinormativista e antipositivista o autor combate o positivismo atribuindo como base do seu pensamento os princípios supra jurídicos, pois para ele é necessário a observação de padrões normativos obrigatórios nas decisões, os princípios.

Diante de um hard case, onde um caso judicial não possui uma regra clara de direito estabelecida anteriormente o juiz positivista ao decidir em um sentido ou outro cria uma norma e a aplica retroativamente. Ao aceitar tal postura discricionária da Teoria Positivista dá ao juiz uma função que não é a sua, a função de legislar.

A criatividade judicial é fortemente criticada por Dworkin, para o autor uma vez que o juiz promulga normas legais, ele fere a democracia, pois há a violação do princípio da separação dos poderes, o juiz não é um legislador e tão pouco deve ser um legislador suplente e fere também o liberalismo, pois aplica retroativamente ao caso normas de criação posterior.

Dworkin considera essa forma de decidir arbitrária e inadequada, propondo uma melhor forma de solucionar os casos difíceis, ele acredita que não cabe ao juiz criar uma

norma *ad hoc*, mas sim descobrir quais os direitos das partes naquele caso, buscando em um conjunto de princípios coerente, na estrutura política e na doutrina jurídica da comunidade a melhor interpretação ao caso concreto, aceitando assim o ideal interpretativo da integridade.

Argumentos de princípio devem formar a prática judicial com o objetivo de estabelecer um direito individual, justificando determinada decisão, enquanto a prática legislativa é embasada em argumentos políticos em metas ou melhorias a serem alcançadas, que buscam estabelecer fins coletivos. Princípios são proposições que descrevem direitos e políticas descrevem fins, ou seja, objetivos coletivos.

O filósofo acredita que a falência do modelo positivista se dá da aplicação exclusiva das regras, pois para a decisão de um caso concreto é indispensável à integração das normas aplicáveis aos princípios, uma vez que estes além de pertencerem ao sistema legal são ainda seus embaixadores.

Dworkin ao indicar as falhas do positivismo desenvolve uma concepção especial do direito que supera o normativismo jurídico excessivo e a limitação do direito a lei, em que o juiz utilizando-se do recurso aos princípios coerentes ao sistema normativo indica uma resposta correta e mais iluminada aos conflitos, desautorizando, portanto, a discricionariedade.

2.1 O Direito como integridade

As manifestações jurídicas são opiniões interpretativas no direito como integridade, por esse motivo combinam elementos voltados ao passado e ao futuro, neste viés a prática jurídica contemporânea é interpretada como uma política de processo em desenvolvimento.

Os juízes são instruídos pelo princípio jurídico da Integridade a identificar os deveres legais e direitos, partindo do pressuposto de que estes foram criados em coerência com a equidade e a justiça pela comunidade personificada.

A melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade só é considerada verdadeira segundo o direito como integridade se é derivada de princípios como o da justiça, da equidade e do devido processo legal, ou seja, a partir do momento em que a comunidade aceitou um princípio e este foi utilizado na decisão de um caso é considerado que a prática jurídica está sob a sua melhor luz.

O direito como integridade pede que os juízes ao decidirem casos difíceis não apenas interpretem o direito, mas que continuem o interpretando mesmo que acreditem ter o

impetrado com sucesso da primeira vez, pois a integridade além de ser produto de interpretação, utiliza da prática jurídica como fonte de inspiração.

A coerência do princípio da integridade não é exigida em todo percurso histórico a ser transcorrido no direito de uma comunidade, portanto não é exigido que os juízes entendam princípios aplicados em leis já em desuso ou utilizados no direito de uma geração anterior, deste modo o direito como integridade só se volta ao passado à medida que o presente assim o determina, começando assim pela contemporaneidade. Não pretendendo recuperar no direito da atualidade os objetivos e ideais políticos de quem os criou e sim justificar o que eles disseram, ensejando a prática em princípios dignos de oferecer um futuro honrado.

Um juiz ao declarar que determinado princípio está intrínseco a um direito e que este se ajusta a uma prática jurídica complexa demonstra a coerência do princípio da integridade, consistindo uma interpretação imaginativa cuja estrutura está na intenção de entender o propósito do texto legal, as tradições e dados examinados.

A decisão do juiz sobre o que é o direito em uma questão judicial pode ser comparada como a de um crítico literário que demonstra as várias dimensões de valor de uma obra literária, pois assim como na literatura suas críticas contribuem com o trabalho dos autores.

Diferentes aspectos de um mesmo processo remetem a questão de que os juízes são considerados autores e críticos, assim para criar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito Dworkin criou um gênero literário artificial denominado *chain novel*.

2.2 Literatura e Direito através da *chain novel*

Dworkin faz parte dos autores que aproximam o direito da literatura por meio da *chain novel*, é associado, portanto ao movimento do *Law and Literature*, pois visa utilizar-se da interpretação literária como modelo para a interpretação jurídica.

Segundo seu pensamento essa aproximação é possível porque tanto o direito como a literatura tem a palavra como matéria prima, e assim como o jurista, o leitor tem como missões interpretar textos, ambos os meios além de lidar com as relações humanas são reflexos culturais e da vida em sociedade, bem como de seus valores morais, desempenhando papéis de práticas e espelhos sociais.

O autor utiliza a expressão “*Law is a interpretative concept*”, como forma de aprimorar o entendimento do direito e do que é a interpretação, propondo uma aproximação entre a interpretação legal e a interpretação literária.

Para ele as propostas legais não são meramente descritivas como no positivismo jurídico que se limita a descrever os fatos codificados, mas sim como proposições interpretativas que combinam elementos de descrição e avaliação. Assim, a interpretação não tem o objetivo de descobrir a intenção do autor e sim de tornar o objeto interpretado no melhor que ele possa ser (*the best it can be*).

E é neste ponto que há o elo entre o Direito e a Literatura em que o autor vai buscar na comparação de hipóteses estéticas (*aesthetic hypothesis*) de interpretação da literatura para comparar a intenção do autor rejeitada e defender que a interpretação deve ser o melhor que ela possa ser. Utilizando-se da *aesthetic hypothesis*, quando se interpreta a obra a tendência é analisá-la de forma que a torne melhor.

A aproximação das duas metodologias é retratada através da *chain novel*, onde um coletivo de romancistas como o intuito de desenvolver um romance em cadeia de forma coerente inicia o seu trabalho onde o romancista anterior acabou. Essa comparação é feita por Dworkin na obra “Uma Questão de Princípios” e mais tarde em “Império do Direito”.

Descrevendo o romance em cadeia como um grupo de romancistas empenhado em um projeto em particular e que tem muito que determinar no projeto final. O primeiro membro escreve o capítulo de abertura do romance que é enviado ao próximo membro, que adicionará um novo capítulo, tendo o conhecimento que o capítulo escrito é adicionado a este romance, então, enviará dois capítulos ao próximo membro e assim por diante. Portanto, cada romancista, exceto o primeiro tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, porque cada um deve ler tudo o que foi feito antes, a fim de estabelecer um sentido interpretativo e, por conseguinte criar o romance.

Os autores são ao mesmo tempo criadores e intérpretes do texto, estabelecendo uma relação entre interpretação e integração, pois antes de adicionar o próprio capítulo à cadeia os autores devem interpretar o que foi escrito pelos autores anteriores, sem que haja um obstáculo entre o momento em que ele escreve o capítulo ao interpretar os capítulos anteriores.

Dworkin sustenta a ideia que o grau de vinculação de um autor/intérprete aumenta conforme se origina uma progressão em cadeia, portanto o juiz que toma a última decisão está mais vinculado aos precedentes anteriores do que aqueles que tomaram as decisões iniciais.

É o intérprete que verifica se sua decisão está de acordo com o texto e se este é viável em questões estéticas. Para Dworkin a interpretação feita pelo novelista deve ser não intencionalista, ou seja, a sua opinião deverá ser embasada pelo que foi feito pelo coletivo.

Os novelistas ao trabalharem na construção da cadeia do texto devem escrever com o objetivo de criação de um único romance, coerente e coeso como se escrito por um autor somente e não como uma coletânea de contos com os mesmos personagens.

Com isto, Dworkin pretende destacar duas ideias importantes que se interligam: a primeira é de que o juiz possui uma função dupla que é de autor e intérprete, pois deve interpretar o que foi feito no passado para dar seguimento à cadeia do direito; e a segunda é que a consciência do juiz ao decidir um caso concreto é pensar em algo maior cujo seu papel é continuar, pois ao interpretar um caso ele acrescentará algo que já havia sido escrito, ou seja, quando um juiz interpretar o romance em cadeia, dele já fará parte a sua decisão.

A interpretação das decisões precedentes deve ser aquela que torne ou justifique aquela prática legal como a melhor possível, adaptando-se a fatos anteriores. A análise utilizada pelo interprete/autor para verificar se uma teoria possui a melhor justificação deve ser construída e examinada em duas dimensões:

- a) Dimensão de adequação: nesta dimensão o intérprete deverá buscar entre as interpretações aquela que a melhor se adequa e fluía sobre todo o texto, mostrando a melhor explicação geral e estrutural do romance. A decisão deve enquadrar-se na prática interpretada. *Compatibilidade por não contradição*;⁴
- b) Dimensão de justificação: Caso mais de uma interpretação seja adequada e se ajuste com o conjunto textual o autor deverá segundo a dimensão de justificação, julgar qual das leituras possíveis possui uma melhor explicação política e moral. Busca nos princípios transpositivos de uma determinada sociedade onde se encontram as tradições políticas, a história e o mundo vivido da comunidade qual a decisão é a mais coerente e ligada à moralidade política do local. *Coerência no sentido jurídico*.⁵

Para o autor uma interpretação deverá satisfazer as duas dimensões para ser considerada plausível a prática legal, portanto deverá enquadrar-se na prática interpretada e mostrar o seu valor moral e político. A base para conferir sentido aos julgamentos, assim como os padrões da interpretação são resultados da interação entre as dimensões de adequação e justificação.

A construção de Dworkin é um modo de impedir a arbitrariedade dos julgadores, pois o juiz decide utilizando-se de princípios de justiça, história doutrinal e objetivos sociais e não

⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Revista de Legislação e Jurisprudência. p. 38.

⁵ Ibidem. p. 38.

valores morais e jurídicos pessoais, tornando assim, o direito um todo coerente e comprometido com a interpretação.

2.3. Juiz Hércules

Hércules é um modelo imaginário e idealizado de juiz com capacidades excepcionais e obstinação e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade. A denominação da figura, feita por Dworkin mostra a complexidade que um juiz comum terá de atingir o modelo exposto.

As respostas desse juiz metódico e criterioso as questões jurídicas que lhe ocorrem não definem uma concepção geral do direito e do direito como integridade, são as respostas que no momento lhe parecem ser as melhores.

O Juiz Hércules inicialmente ao decidir um caso seleciona várias possibilidades de hipóteses que possam refletir na melhor interpretação possível os casos precedentes, antes mesmo de ter os lido, esta é chamada de etapa pré-interpretativa. Tais hipóteses são afirmações de concretude relativa do direito e formam uma lista parcial de interpretações que podem ser complexas e até mesmo se contradizerem, cujos princípios intrínsecos já foram discutidos na literatura jurídica.

Após apurar estas hipóteses, ele analisará e verificará o que fizeram os juízes em casos anteriores semelhantes que os mostre agindo da maneira que ele aprova. Verificando se na interpretação de casos anteriores os juízes ajustaram suas decisões aplicando princípios implícitos a cada veredicto. É mister a percepção do juiz que o direito se estrutura por um conjunto de princípios como o da justiça e do devido processo legal, devendo aplica-los aos casos novos que lhe forem apresentados, de forma que o caso de cada indivíduo tenha uma solução equânime, observando os princípios, propósitos e objetivos políticos de diferentes ocasiões de forma igual.

A interpretação que Hércules tem como alvo é a mais iluminada possível, por isso ele leva em conta decisões tomadas por autoridades subjacentes e o modo em que elas foram realizadas. Dworkin salienta que tal procedimento difere a posição do legislador e a do juiz e, portanto, deve tomar suas decisões com base unicamente em princípios.

Finalmente, confrontará as interpretações com as decisões judiciais que o precederam, interrogando se sua compreensão faz parte de uma hipótese coerente que possa ensejar uma série de decisões que sejam compatíveis com a prática judiciária de uma comunidade.

Neste viés, Hércules cria um esquema de princípios concretos e abstratos que configuram uma justificativa de embasamento coesa aplicável a todos os precedentes e disposições legislativas e constitucionais.

Para atingir esse objetivo Hércules organiza uma ordem vertical e uma horizontal. A vertical se representa por diferentes níveis de autoridade, estabelecendo o esclarecimento do princípio de cada um desses níveis, desta forma a justificação da camada superior é coerente com a da camada inferior. Na ordem horizontal os princípios que ensejam a decisão de uma camada são coerentes com as justificativas dadas por outras decisões nesse mesmo nível.

Portanto, Hércules tem a função de argumentar sobre a o que o legislador fez em determinada ocasião e não de completar o texto legal. A interpretação de um enunciado legal é diferente da interpretação de enunciados judiciais, a primeira interpretação corresponde à linguagem utilizada de determinados argumentos de princípio e política que fornecem uma melhor justificação do texto legal, enquanto a segunda faz corresponder à linguagem utilizada argumentos de princípio. A influência de Hércules sobre casos por qualquer força textual reside na equidade conferida a casos semelhantes para a prática precedente.

2.4. Hard Cases

De acordo com a teoria tradicional de interpretação positivista diante de um caso *sub judice*, em que o problema não pode ser resolvido nem mesmo com a ampliação ou reinterpretção de regras já existentes, o juiz possui o poder de legislar, ou seja, promulgar leis e aplicá-la de forma retroativa.⁶

Casos difíceis ou chamados (*hard cases*) são situações jurídicas que não possuem uma regra clara estabelecida anteriormente que seja abarcada pelo direito. Para Dworkin o Positivismo apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis, pois o juiz teria o poder discricionário de decidir de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito de ganhar a causa através de um direito preexistente, dessa forma o juiz estaria criando novos direitos “*new legal rights*” e aplicando-os retroativamente ao caso objeto da questão litigiosa.

Em sua argumentação Pós-Positivista Dworkin desenvolve uma resposta que segundo ele é a melhor para os hard cases, sem pressupor uma sistematização procedimental que demonstre a resposta aos casos sob análise defendendo que mesmo diante de casos difíceis uma das partes tem o direito de vencer a causa e o juiz tem o dever de descobrir quais são esses

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128-129.

direitos sem criá-los e aplicá-los retroativamente. Ficando claro que os juízes e juristas deverão enfrentar essas questões, mas irão divertir frequentemente quanto ao entendimento delas, assim como os homens de Estado divergem quanto aos direitos políticos. Os direitos jurídicos devem ser enfrentados.⁷

Nesse viés os princípios do direito possuem caráter essencial para que o magistrado orientado pela hermenêutica resolva casos difíceis e dessa forma, encontre um direito preexistente que forneça uma resposta concreta a sua sentença, resolvendo assim os casos obscuros e revelando o que até então se encontrava encoberto.

Encontrar o direito das partes sempre que necessário é característica principal do Juiz Hércules, diante disso analise de casos difíceis do Supremo Tribunal Federal sob a luz da teoria de Dworkin, busca entender como os ministros se comportaram diante dos hard cases: se criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando de forma corajosa e real aos efeitos práticos de suas sentenças.

3. O JUÍZ HÉRCULES E OS CASOS DIFÍCEIS DO STF

A presente análise se debruça sob casos difíceis do Supremo Tribunal Federal referentes à possibilidade da execução da pena ser cumprida após a condenação de segunda instância, casos estes, sob a luz da teoria de Dworkin e através da figura do Juiz Hércules. Buscando entender se os presentes juízes criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando com transparência e senso de realidade para as consequências e efeitos colaterais de suas sentenças, aproximando assim suas decisões ao crivo feito por Hércules.

Para Dworkin é possível a aproximação do Direito com a Literatura, pois ambos têm a palavra como matéria prima, além de lidarem com as relações humanas e reflexos culturais e sociais, bem como de seus valores morais, desempenhando papéis de práticas e espelhos sociais através do romance em cadeia (*chain novel*). Partindo desse pressuposto o artigo fez um paralelo entre um caso difícil do STF e o romance em cadeia. Elegeu-se como o primeiro capítulo do romance o Habeas Corpus de número 84.078⁸ passando pelo de número 126.292⁹

⁷ Ibidem. p. 127-128.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Minas Gerais, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 27 set. 2018.

e como último o capítulo até então o Habeas Corpus 152.752¹⁰, não significa que este será o fim do romance, mas sim o entendimento mais atual dos magistrados sobre a situação jurídica.

Tanto autores como juristas têm a missão de interpretar textos, nesse viés os juízes estão para os autores, assim como a construção do romance está para a análise dos casos eleitos para a pesquisa. Os votos dos juízes sob análise através da figura do Juiz Hércules foram: Celso de Mello, Rosa Weber e Edson Fachin em seus votos no último capítulo referente ao Habeas Corpus nº 152.752. A escolha dos casos como a escolha dos juízes foi realizada com base nos votos disponíveis no site do STF bem como sua grande repercussão. O critério de escolha dos juízes sob análise foi que o ministro Celso de Mello esteve presente no julgamento dos três Habeas Corpus em análise, a ministra Rosa Weber nos dois últimos e o ministro Edson Fachin somente no último.

3.1. Explicação e cronologia dos casos

Há questionamento recorrente sobre o Art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Diante de tamanha discussão sobre a interpretação do artigo e a dificuldade de resolvê-lo diante de um caso novo - em que a regra se configura insuficiente - pode-se concluir que a celeuma configura-se como um caso difícil, pois é necessária a reinterpretação de regras já existentes, portanto a atuação e os procedimentos utilizados pelos magistrados do STF devem ser fomentadas pelos princípios para que estes atinjam o modelo proposto por Hércules.

Em 05 de Fevereiro de 2009 diante do Habeas Corpus (HC) 84.078 e após diversos debates sobre o tema o Supremo decidiu que o condenado em segunda instância teria o direito de recorrer em liberdade, ressalvando a possibilidade de prisão preventiva, prevaleceu o entendimento de que a prisão do paciente contrariava o Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, apesar do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) ao qual o Brasil faz parte não assegurar o direito de recorrer em liberdade de forma irrestrita até a última instância. Pela concessão do HC votaram os ministros Eros Grau, Carlos

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo. 17 fev. 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > Acesso em 27 set. 2018.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**. Paciente: Luiz Inacio Lula Da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. São Paulo. 09 fev. 2018. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092> > Acesso em 27 set. 2018.

Ayres Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Marco Aurélio, sendo vencidos os ministros que o negaram Ellen Gracie, Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Em 17 de Fevereiro de 2016 analisando do Habeas Corpus (HC) 126.292 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos entendeu que após a confirmação de sentença em segundo grau a execução de pena condenatória não fere o princípio da presunção da inocência presente no respectivo artigo. Indicando mudança no entendimento da corte e ruptura com a tese anterior do julgamento do HC 84.078 em 2009. Salientando que depois do segundo grau de jurisdição a execução da condenação não ficará suspensa aguardando o julgamento dado pela corte Suprema. Pela denegatória votaram os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Edson Fachin, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber e Marco Aurélio que votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal e concessão do Habeas Corpus.

Em 05 de Abril de 2018 o plenário do Supremo negou o Habeas Corpus (HC) 152.752 por meio do qual a defesa do paciente pleiteava impedir a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo (TRF-4) Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A maioria dos ministros entendeu pela falta de teratologia e ausência de anormalidade na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que seguiu a atual jurisprudência do STF permitindo a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Votaram pela manutenção da jurisprudência os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e pela concessão do HC votaram os ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes.

3.2. O voto do Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello há quase 29 anos tem julgado sansões penais e defendendo que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória poderá haver a execução da pena. O decano do STF esteve presente e votou neste sentido em todos os Habeas Corpus elencados como formadores da analogia ao romance em cadeia.

No HC 84.078 em 2009 argumentou que decisão contrária a essa não seria juridicamente viável no sistema normativo brasileiro, admitindo que a possibilidade da prisão cautelar processual desde que fundamentada em uma das quatro hipóteses do Art. 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência

da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Tanto em 2016 como em 2018, Celso de Mello manteve o seu voto, sendo vencido pela maioria.

No HC 125.752 afirmou que seu julgamento discute a presunção da inocência que é garantia fundamental da Constituição Federal e que ninguém pode ser presumido culpado sem o trânsito em julgado. Para o ministro a limitação temporal do princípio da presunção da inocência encontra-se no trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando que tal princípio não possui caráter absoluto, pois está sujeito a um limite constitucional de investigação, processamento e julgamento do Estado.

Evidencia-se que Celso de Mello tratou da mesma forma todos os casos referentes ao esse tema, votando a favor do Habeas Corpus mesmo quando seu voto indicou minoria no Plenário. O modelo de julgamento de Hércules não completa o que o legislador disse e sim constrói a sua argumentação e suas teorias o sobre o que o legislador fez nessa ocasião.

O ministro votou pelo entendimento de que a execução provisória da pena em acórdão proferido em segunda instância compromete o princípio da presunção de inocência. Neste caso supõe-se que o voto do ministro seria aceito pelo crivo de Hércules, pois ao impor limites e responsabilidades aos legisladores com o dever de observar os fins coletivos e bem estar comum, oferece a Hércules um teste na resolução de casos difíceis, pois não se trata de elaborar uma hipótese sobre os criadores da norma, mas sim se a norma em questão é juridicamente adequada ao caso concreto. Como o que está em causa é uma lei Hércules poderia considerar tantos argumentos de política como argumentos de princípio, pois nesse viés há argumentos válidos para cada uma das interpretações em concurso.

3.3. O voto da Ministra Rosa Weber

Ronald Dworkin foi citado pela ministra Rosa Weber em dois momentos, justificando seu voto no Habeas Corpus 152.752 em nome da integridade e da coerência delineou suas premissas teóricas invocando ao final o princípio da colegialidade.

A ministra alegou que a integridade do Direito é entendida como consistência das decisões jurídicas em particular e do Direito em geral, não justificando, portanto, a reprodução cega de precedentes jurídicos. Citando ainda a lição de Dworkin em “O Império do Direito”.

[...] exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na

medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.¹¹

A ministra considerou equivocada a compreensão dos precedentes de modo rígido e mecânico, não se impondo com um estatuto ou lei. Nesse viés ela orientou seu juízo com o pensamento de Dworkin, enfatizando que o julgador não pode jamais desistir de buscar a resposta na integridade do Direito (*the right answer thesis*).

Destacou ainda como último ponto de seu voto a compreensão de que o Plenário é o local adequado para revisar temas de forma legítima não se apoiando a preferências pessoais do magistrado, mas sim na melhor interpretação do direito ainda que alteradas algumas jurisprudências e revisitados temas, tal como ocorreu no julgamento dos Habeas Corpus 84.078 em 2009 e no Habeas Corpus 126.292, lembrando ainda que neste último votou pela corrente minoritária.

Por fim pontuou que a interpretação da lei deve levar em conta a Constituição, as leis e ainda as práticas institucionais, as tradições jurídicas e os valores de uma sociedade. Nesse sentido citou novamente Dworkin:

[...] embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.¹²

A ministra votou pelo entendimento de que a execução provisória da pena em acórdão proferido na segunda instância no último HC em análise não compromete a presunção de inocência, mesmo tendo votado de forma diferente anteriormente. O direito como integridade pede que os juízes ao decidirem casos difíceis não apenas interpretem o direito, mas que continuem o interpretando mesmo que acreditem ter o impetrado com sucesso da primeira vez. Há indícios no voto da ministra de ruptura do entendimento anterior e ainda da história institucional justificados pela utilização de princípios. Hércules nesses casos deve ser capaz de apresentar muitos bons argumentos de princípio para romper com a história institucional. Rosa Weber utilizou de princípios para decidir o seu voto.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 405.

¹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 202.

Neste caso supõe-se que a ministra teria seu veredito aceito por Hércules, pois para descobrir a força de um precedente Hércules utiliza suas técnicas de interpretação para decidir se a composição de palavras da regra configura ou não um caso novo. Nesses casos ainda que a regra possua força textual, Hércules poderá entender que a sua influência não é limitada por qualquer força textual e sim na equidade de tratamento conferido a casos semelhantes.

Pode-se destacar que casos semelhantes já estavam sendo tratados da mesma forma pelos tribunais de segunda instância, por súmula dos próprios tribunais, de que execução de pena condenatória não fere o princípio da presunção da inocência do Art. 5º, inciso LVII, uma vez que nas últimas instâncias recursais se analisa apenas matéria de direito e não provas e fatos que fomentaram a condenação.

3.4. O voto do Ministro Edson Fachin

Edson Fachin não verificou teratologia, ilegalidade ou abusividade no caso e votou pela denegatória do Habeas Corpus que buscava garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, ressaltando que ainda não houve revisão da jurisprudência em controle concentrado, portanto ainda não há estabilidade a respeito do entendimento dos tribunais. Para ele não há que se falar em ilegalidade na decisão do Superior Tribunal de Justiça STJ, pois só haverá estabilidade de entendimento da matéria após o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44¹³.

O ministro evidenciou ainda que não há que se argumentar que decisões recentes do STF sobre a matéria teriam força vinculante sobre o TRF-4, pois este se baseou em súmula própria¹⁴.

Salientou ainda que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais devido à morosidade judicial nas decisões e soluções de casos criminais decorrentes de violação a direitos humanos e ainda criticado devido à duração excessiva nas investigações, levando o Brasil a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em algumas situações por deficiência de proteção a vítimas criminais.

Para Hércules a melhor interpretação possível deve levar em conta as decisões tomadas por autoridades subjacentes que os mostre agindo da maneira em que ele aprova e

¹³ Referentes a execução da pena após condenação em segunda instância.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 122**. In: _____. Súmulas. Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4 > Acesso em: 27 set. 2018.

verificar se nos casos anteriores os juízes aplicaram princípios implícitos a cada decisão como o da justiça, do devido processo legal devendo aplicá-los ao caso novo que lhe foi apresentado de forma que cada um possua uma solução equânime na utilização dos princípios, portanto o supõe-se que os argumentos de Fachin estariam em conformidade tanto com os precedentes anteriores, pois observou como expectador o entendimento do STF no HC 126.292 ao qual na ocasião não fazia parte, observou os ministros decidindo da maneira em que ele a prova e quando o caso surgiu de forma nova para ele aplicou a solução observando um conjunto de princípios implícitos à resolução do caso.

4. CONCLUSÃO

As manifestações jurídicas são opiniões interpretativas no direito como integridade, instruídos por princípios como o da justiça da equidade e do devido processo legal a identificar os direitos e deveres legais em coerência com a comunidade personificada, por esse motivo combinam elementos voltados ao passado e ao futuro.

Dworkin em sua proposta pressupõe que em uma questão judicial a decisão do magistrado sobre o que é o direito pode ser comparada a de um crítico literário, fazendo um paralelo entre Direito e Literatura o filósofo criou um gênero literário da *chain novel* em que um coletivo de romancistas como o intuito de desenvolver um romance em cadeia de forma coerente inicia o seu trabalho onde o romancista anterior acabou, vinculando autor/juiz em uma progressão em cadeia, portanto o juiz que toma a última decisão está mais vinculado aos precedentes anteriores do que aqueles que tomaram as decisões iniciais.

Tal construção de Dworkin é uma maneira de impedir a arbitrariedade dos julgadores para que estes decidam utilizando-se de princípios de justiça, história doutrinal e objetivos sociais fazendo do direito um todo coerente e comprometido com a interpretação e não valores morais e jurídicos pessoais do magistrado.

A interpretação jurídica baseada em princípios e característica primordial do juiz Hércules que tem a função de decidir o direito das partes mesmo diante de um caso difícil.

Refletir sobre a realidade de um tribunal sob a proposta do juiz Hércules à luz do direito como integridade é mergulhar em um infinito de possibilidades onde não são suficientes somente as regras, há que se pensar sobre o que é de direito, sobre o que são as regras, sobre o que são os princípios, quais as funções que cada um desempenha e o que cabe a cada parte em um processo. Não bastando apenas os princípios enunciados nos códigos, leis

e tratados, mas outros que possam emergir em uma experiência jurídica do magistrado e uma interpretação hermenêutica do passado, consciência do presente e perspectivas de futuro.

A demanda cada vez maior de situações jurídicas sobre os mais diversos temas faz refletir se é possível um juiz de carne osso, com tempo limitado e volume absurdo de trabalho possuir tamanha paciência e capacidades sobre-humanas, tais quais as de Hércules.

A análise dos votos dos ministros foi uma forma de ilustrar uma partícula do que seria uma decisão feita por Hércules em cada veredicto, supõe-se que tais precedentes passariam pelo crivo do juiz ideal de Dworkin, pois todos os votos ainda que distintos foram fomentados por princípios legítimos e pela intenção de encontrar a melhor solução, entretanto a prática jurídica contemporânea é interpretada como uma política de processo em desenvolvimento mostrando que as decisões judiciais devem observar a integridade do direito no sentido de que há um trabalho hercúleo sempre em busca da melhor interpretação configurando a resposta mais iluminada e de maior respeito aos valores sociais e aos princípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo. 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**. Paciente: Luiz Inacio Lula Da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. São Paulo. 09 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Minas Gerais, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 122**. In: _____. Súmulas. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4> Acesso em: 27 set. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Revista de Legislação e Jurisprudência.