



Andres Julian Schablatura Vera

STF E CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL

**Uma análise do argumento consequencialista na
reversão jurisprudencial sobre execução antecipada
da pena**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação
Pública (EFp) da
Sociedade Brasileira de
Direito Público (SBDP)
sob a orientação de
Vinicius Alvarenga e
Veiga e sob a tutoria de
Maurício Bulcão F. Filho.**

**SÃO PAULO
2020**

Resumo: Esta pesquisa empírica estudou o uso do argumento consequencialista pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos de reversão jurisprudencial sobre a execução antecipada da pena e os limites do princípio da presunção de inocência. Numa análise qualitativa, concluiu-se que argumentos consequencialistas foram empregados indiscriminadamente na maioria das decisões, independentemente da postura dos Ministros sobre execução antecipada da pena; e que a argumentação consequencialista, quando presente num voto, é predominantemente determinante para a formação de sua razão de decidir. Por fim, numa análise quantitativa, concluiu-se que as decisões do STF pela autorização e vedação à execução antecipada possuem a mesma presença de argumentação consequencialista, mas que os Ministros defensores da autorização adotam um consequencialismo considerado ainda mais relevante para a razão de decidir, e principalmente quando vencidos, o que sugere um uso do consequencialismo judicial como reação argumentativa.

Acórdãos citados: HC 68.726; HC 84.078; HC 126.292; ADC 43 MC, ADC 44 MC, ADC 43, ADC 44 e ADC 54

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; consequencialismo judicial; argumento consequencialista; presunção de inocência; execução antecipada da pena; reversão jurisprudencial.

“Apúrate cómo si no hubiera futuro, Feliciano; huye, simula tu muerte. Porque las consecuencias que te juró este viejo Dios vengativo no más te esperan: ya están a camino de ti”

Marcel Fracassi, conto Trama Albiceleste

À minha mãe.

Ao meu orientador Vinicius Alvarenga e Veiga, pela orientação firme e rigorosa, mas serena. Ao meu tutor Maurício Bulcão, pelos apontamentos precisos. À Mariana Vilella, Ana Luiza Arruda e Yasser Gabriel, pelo compromisso docente, pela dedicação, pela paciência e pela inspiração.

A todos os queridos colegas da Escola de Formação.

ABREVIATURAS

§: Parágrafo

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

Art.: Artigo(s)

CF/88: Constituição de 1988

CPP: Código de Processo Penal

HC: Habeas Corpus

Inc.: Inciso

MC: Medida(s) Cautelar(es)

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PERGUNTAS E HIPÓTESES DE PESQUISA	7
3. DEFINIÇÃO DE CONCEITOS	8
3.1. CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA	8
3.2. PRECEDENTE JUDICIAL	9
3.3. REVERSÃO JURISPRUDENCIAL	10
3.4. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	11
3.5. <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBTER DICTUM</i>	12
4. METODOLOGIA	13
4.1. DEFINIÇÃO DO ESPAÇO AMOSTRAL DE ACÓRDÃOS	13
4.2. TRIAGEM DE CONSEQUÊNCIAS INTERNAS E EXTERNAS ÀS NORMAS	17
4.3. METODOLOGIA PARA ANÁLISE QUALITATIVA	17
4.4. METODOLOGIA PARA ANÁLISE QUANTITATIVA	24
5. ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NO STF	26
5.1. O STF REALMENTE FAZ USO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS?	26
5.1.1 DIFERENÇA ENTRE ARGUMENTO COM APELO A CONSEQUÊNCIA TRIVIAL E ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA	28
5.1.2 DIFERENÇA ENTRE CONTRA-ARGUMENTO ANTICONSEQUENCIALISTA E CONTRA-ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA	34
5.2. OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS SÃO RELEVANTES PARA A RAZÃO DE DECIDIR?	36
5.2.1. DIFERENÇA ENTRE ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA RELACIONADO E NÃO RELACIONADO AO CONTEÚDO DA <i>RATIO DECIDENDI</i>	39
5.2.2. DIFERENÇA ENTRE ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA DETERMINANTE E NÃO DETERMINANTE À FORMAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i>	43
5.3. QUAIS ESPÉCIES DE CONSEQUÊNCIAS SÃO MAIS RELEVANTES NOS ARGUMENTOS?	53
5.4. EM QUE MEDIDA O STF FAZ USO DA ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA?	55
5.5. CONCLUSÕES PARCIAIS FRENTE ÀS PERGUNTAS DE PESQUISA E HIPÓTESES ORIGINAIS	61
6. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS DA PESQUISA	64
7. SÍNTESE CONCLUSIVA	65
BIBLIOGRAFIA	66

Apêndice I: Argumentos consequencialistas com apelo a consequências externas à norma, com comentários e filtro de perguntas descrito na metodologia	69
Apêndice 2: Argumentos com apelo a consequências internas às normas, com comentários	117
Apêndice 3: Exemplos comentados de contra-argumentos anticonsequencialistas	130
Apêndice 4: Classificação de espécies de consequências valoradas pelos Ministros na argumentação consequencialista relevante	139
Apêndice 5: Rationes dos votos da MC 43 e 44 e ADC 43, 44 e 54 a partir das categorias ampliativas e restritivas elaboradas por Vinicius Alvarenga e Veiga	185

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência é um princípio disposto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88¹. Seu conteúdo encontra-se ainda no art. 8 [2] do Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992². Infraconstitucionalmente, a presunção de inocência é reafirmada como regra no caput do art. 283 do CPP, com redação de 2011³.

Esse dispositivo teve a estabilidade de sua interpretação colocada à prova em 2016, quando uma guinada jurisprudencial do STF entendeu pela *autorização* da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância⁴. Logo após, em 2019, o art. 283 teve sua constitucionalidade reconhecida no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, quando o STF restaurou o entendimento, atualmente vigente, pela *vedação* à execução antecipada.

A título de exemplo da repercussão do julgamento das ADCs 43, 44 e 54 – a ir bem além de uma complexa discussão dogmática sobre execução antecipada da pena e sua relação com o princípio da presunção da inocência –, disse o Ministro Luís Roberto Barroso durante o julgamento:

Essa não é uma questão supérflua. As sociedades capitalistas vivem da segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados. É isso que determina o nível de investimento e o volume de negócios de um país e, conseqüentemente, seu nível de emprego e perspectivas de desenvolvimento. E a percepção do Brasil pela OCDE, que é o clube dos países ricos em que o Brasil quer entrar, não é boa. Notícias da imprensa:

O Globo - Barrar prisão após segunda instância será sinal muito ruim para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE. A notícia é dura, não vou ler.

UOL - Preocupada com a capacidade do Brasil de investigar corrupção, OCDE envia missão ao país.

¹ "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, inciso LVII, CF/88).

² "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (art. 8 [2], Pacto de San José da Costa Rica)

³ "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado" (art. 283, caput, CPP)

⁴ "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência". STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 16.

Vortex - Decisões do Supremo causaram desgaste com grupo da OCDE.

Há uma percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido. E aqui, evidentemente, nem eu nem ninguém neste Tribunal é pautado por opinião seja doméstica, seja externa. Aqui cada um forma a sua própria opinião Mas, no mundo globalizado, nenhum país pode ser uma ilha, menos ainda uma ilha de impunidade⁵.

O caso demonstrou que, diante de alta expectativa social pela efetividade do sistema penal, assim como pela necessidade da proteção dos direitos e liberdades individuais⁶, decisões paradigmáticas do STF mobilizam, em torno do Tribunal, uma série de pressões que podem ter ascendência sobre os Ministros, de maneira velada ou explícita⁷. Aliás, é algo que os próprios Ministros reconhecem, como registrou a Min. Cármen Lúcia no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292, de 2016, onde se decidiu pela *autorização* à execução antecipada da pena após condenação de juízo de segunda instância, numa reversão de posição da Corte que vigorava desde 2009. Disse a Ministra:

Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as **consequências** que isso teria⁸.

Ainda que a Ministra não detalhasse *quais* eram essas *consequências* que tanto preocupavam não apenas os Ministros do STF, é possível resgatá-las com facilidade: algumas até detinham contornos jurídicos, apesar de absolutamente ilegítimas, a exemplo de uma proliferação de *fake news* alardeando, *ad terrorem*, suposta soltura de 190 mil presos como

⁵ STF: ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2019, p 121-122. Grifou-se.

⁶ Ver nesse sentido: ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 17-22.

⁷ “Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade”. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>. Acesso em 20.07.2020.

⁸ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 61. Grifou-se.

consequência direta da decisão das ADCs 43, 44 e 54⁹ - “titubeei em acreditar nesse número”, diria o Min. Gilmar Mendes em voto no referido julgamento¹⁰. Outras consequências eram quase estranhas ao Direito, no limite deste em direção à Política, à Economia ou à Moral. Em comum, todas pareciam conter algum terrível alerta. Ou, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, “uma falsa pregação fundamentalista da chegada do Armagedon”¹¹ que decorreria de uma simples decisão judicial; decisão judicial onde se decidiria “o sucesso ou a ruína da nação”.

Dos exemplos acima já se extrairia com facilidade a constatação da importância que a *consideração de consequências* pode assumir para um caso paradigmático e para o próprio Direito (que em sua atual racionalidade, por sorte, já não teme o Armagedon).

Mas há mais razões para se estudar o fenômeno do consequencialismo judicial no Brasil¹², principalmente diante de um contexto simultâneo que atualmente conjuga (i) expansão da autoridade política do STF¹³, (ii) dificuldade dos Ministros no diálogo com seus próprios precedentes¹⁴, (iii) maior demanda por coerência e clareza nas decisões jurisprudenciais¹⁵ e, por fim, (iv) preocupação com o tratamento, pelo STF, de direitos fundamentais em sua dimensão mais protetiva - a da liberdade¹⁶.

Além de as idas e vindas do STF sobre a execução antecipada sugerirem dificuldades dos Ministros no diálogo interno que travam com suas próprias

⁹ “Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF”. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em 29.06.2020.

¹⁰ STF: ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2019, p. 313.

¹¹ STF: ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2019, p. 51.

¹² Ver nesse sentido: PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. In RDA, v. 262, Rio de Janeiro, 2013, p. 99-100.

¹³ Ver nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In Revista Direito GV 8. São Paulo, 2008, p. 441-463

¹⁴ Ver nesse sentido: VOJVODIC, A. M., MACHADO A. M. F., CARDOSO, E. L. C.. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. In Revista Direito GV. São Paulo, 2009, p. 25.

¹⁵ Ver nesse sentido: GUIMARÃES, Tamiris Carvalho Veiga. *Reversão de Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: um olhar sobre a sua coerência decisória*. Monografia EF, 2010, p. 5-9.

¹⁶ Ver nesse sentido: SILVA, Giovana Castro Barbosa da. *Supremo Tribunal Federal: tendência garantista ou punitivista? Um análise dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos julgamentos de habeas corpus*. (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 4-11.

razões e as decisões anteriores¹⁷, o que redobra a cobrança de legitimidade das decisões, notadamente no Direito Penal – considerado a *ultima ratio* nos sistemas jurídicos da democracia liberal.

A *legitimidade* das decisões judiciais pode ser verificada com a análise dos argumentos empregados na fundamentação desta ou daquela decisão tomada pela Corte, ou mesmo pelos seus membros individualmente analisados, como impõe o art. 93, inc. IX da CF/88¹⁸, que condiciona a validade das decisões à existência de fundamentos (jurídicos ou fáticos, a depender do assunto sobre o qual se decide).

Como são utilizados fatos e normas para se fundamentar as decisões, abre-se a possibilidade do apelo *a consequências fático-jurídicas* para fundamentar uma decisão. Restam daí algumas perguntas difíceis: qual é o limite da valoração de consequências numa decisão, sob que critérios essa consideração deveria se dar e, num limite que definitivamente não é trivial: o que é uma consequência?

Estudar os limites de uma série de decisões tornadas precedentes e justificadas, em maior ou menor grau, por argumentos consequencialistas, no entanto, não significa, *a priori*, condená-las. Busca-se neste trabalho, justamente, trazer respostas para tais perguntas, com bases empíricas.

Neil MacCormick considera que uma censura contundente e abstrata recaia apenas sobre duas espécies de decisão amparada na consideração de consequências: (i) aquela que *apenas e tão-somente* é justificada pelas suas consequências mais remotas e de implausível verificação, e (ii) aquela

¹⁷ VOJVODIC, A. M., MACHADO A. M. F., CARDOSO, E. L. C.. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. In Revista Direito GV. São Paulo, 2009, p. 25.

¹⁸ "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação"

que é justificada sem considerar *quaisquer* consequências. Ambas as decisões seriam inaceitáveis¹⁹.

Dentro dessa polarização, qualquer decisão com apelo ao argumento consequencialista sobre a execução antecipada da pena permite a legítima observação de possíveis incorrências em riscos (leia-se: *nulidades*, em afronta ao art. 93, inc. IX, CF/88²⁰) por parte dos Ministros do STF. A razão é simples: o recurso às consequências não é e *nunca foi* plenamente livre.

Para aqueles que tratam o Direito sob uma perspectiva pós-positivista²¹, o recurso a consequências não pode torná-lo um mero instrumento para o alcance de fins que lhe são estranhos; para aqueles que defendem a abertura do Direito à consideração de consequências (em menor ou maior grau, como se verifica em posturas de matriz integradora²² ou pragmatista²³), jamais poderia haver dispensa de sua justificação.

Adotada qualquer filiação, no entanto, o consequencialismo nunca poderá violar os princípios do Estado de Direito (ex., julgador que aplica preferências pessoais em detrimento de normas e princípios do ordenamento), da Separação de Poderes (ex., julgador que desconsidera trabalho do legislador redefinindo normas gerais e abstratas, atribuindo-se competência), da Igualdade (ex., julgador que cria distinções que não

¹⁹ Ver nesse sentido: MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 101-103.

²⁰ “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, inc. IX, CF/88).

²¹ Ver nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 225-227.

²² MacCormick propõe uma postura intermediária entre a rejeição absoluta à consideração de consequências e a tentativa de consideração de todas as consequências, o que é inviável pelo desconhecimento do futuro. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 101-103.

²³ O pragmatismo jurídico é um programa antiformalista e cético moral que defende a ampla consideração de consequências sem descartar o eventual apelo estratégico à dogmática formal, em busca não das melhores consequências, mas do que julga, diante das circunstâncias, o resultado mais razoável possível. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2003, p. 59-60.

foram previstas pelo legislador), da Legalidade (ex., julgador que cria novo tipo penal)²⁴ e, por fim, da Segurança Jurídica, a ferir sua cognoscibilidade (quando o Direito não é minimamente determinável), confiabilidade (quando o destinatário da norma não sabe se as condições do passado mantêm-se no futuro) e calculabilidade (quando não há como definir o espectro dos efeitos da norma)²⁵.

Esta pesquisa, no entanto, não pretende discutir a compatibilidade do consequencialismo com o Direito, nem analisar em pormenor se os Ministros do STF violaram algum princípio do Direito: seu objeto está na argumentação jurídica circunscrita ao âmbito *interno* das decisões dos Ministros, para o entendimento das razões que fundamentaram a *autorização* ou a *vedação* à execução antecipada da pena, sempre que essas razões forem amparadas no apelo a consequências – o que se admite, desde já, um *fato posto*, a ser comprovado no curso desta pesquisa, ante o farto uso de argumentação consequencialista pelos Ministros do STF.

²⁴ Ver nesse sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 619-621.

²⁵ Ver nesse sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 115-203.

2. PERGUNTAS E HIPÓTESES DE PESQUISA

Esta pesquisa partiu das seguintes perguntas principais, subperguntas e hipóteses originais, assim formuladas:

(i) *Como e em que medida* os Ministros do STF fazem uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais que analisaram a possibilidade de execução antecipada de pena e os limites da presunção de inocência?

(ii) Há maior *relevância* e *presença* do argumento consequencialista nos julgados identificados com reversão jurisprudencial no sentido da *autorização* ou da *vedação* à execução antecipada da pena?

(iii) Quais espécies de argumentos consequencialistas tiveram maior *relevância* e *presença* nas decisões dos Ministros das linhas vencedora e vencida?

(iv) As alterações na composição do STF, ao longo das decisões estudadas, tem relação com o uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais?

Levantam-se originalmente duas hipóteses: (i) as reversões jurisprudenciais no sentido da *autorização* à execução antecipada da pena contém maior presença e relevância do argumento consequencialista e (ii) as reversões jurisprudenciais no sentido da *vedação* à execução antecipada, em contrassenso, podem conter *não menor*, mas *ainda maior* relevância do argumento consequencialista na linha vencida.

3. DEFINIÇÃO DE CONCEITOS

Estudar o uso do argumento consequencialista pelo STF na reversão jurisprudencial sobre execução antecipada da pena exige que sejam definidos e delimitados os seguintes termos: consequencialismo judicial, argumento consequencialista, precedente judicial, reversão jurisprudencial e execução antecipada da pena.

3.1. CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA

A partir de uma distinção prévia entre (i) consequencialismo *moral* (valoração da correção moral de uma ação de acordo com o resultado que produz como consequência) e (ii) consequencialismo *judicial* (qualquer tipo de proposição que tenda a condicionar juridicamente uma consequência)²⁶, esta pesquisa elegeu como objeto apenas o segundo item, na medida em que o consequencialismo moral não implica adoção do consequencialismo no âmbito judicial e não possui, a rigor, relação necessária com o Direito.

O consequencialismo *judicial* possui dupla dimensão: (i) de *primeira ordem*, quando são *valoradas as consequências externas* a uma norma na interpretação e na aplicação de um dispositivo; e (ii) de *segunda ordem*, quando o intérprete adota estratégia argumentativa para moldar o conteúdo e a força do Direito como justificativa *externa* para os *métodos de interpretação e aplicação* que orientaram a decisão²⁷: ambos interessam a esta pesquisa.

A definição do termo *consequência*, em sua existência concreta ou consideração em abstrato, também pode ser dual: (i) consequência *jurídica*,

²⁶ Ver nesse sentido SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. "Consequentialism". In ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysic Research Lab (Stanford University), 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>>. Acesso em 11/08/2020.

²⁷ DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo Judicial no Direito Tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2018, p. 28-42.

sendo aquela que se dá *no* sistema jurídico e tem implicações *para* o sistema jurídico, enquanto a (ii) consequência *extrajurídica* é aquela que transborda o Direito, ainda que a ele interesse, dizendo respeito a implicações econômicas, políticas ou morais – sempre, por óbvio, sob a perspectiva adjudicante.²⁸

Aqui, portanto, o *argumento consequencialista* é compreendido, concisamente, como elemento de justificação racional da interpretação jurídica²⁹ para a aceitação da verdade (ou falsidade) de uma proposição, consideradas as consequências *jurídicas* ou *extrajurídicas* da aceitação (ou refutação) dessa proposição³⁰.

3.2. PRECEDENTE JUDICIAL

Precedente é decisão anterior que, em sua resolução, já tratou da questão jurídica que virá a ser resolvida noutra caso futuro de premissas semelhantes, servindo-lhe de paradigma. O precedente não é, em si, a resolução do tribunal sobre o caso concreto anterior, mas a resposta deste tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se repete no presente³¹, com desdobramento e influência no processo decisório do futuro³².

O precedente é tanto um argumento (de existência *anterior* à decisão, disponível *para* o decisor) como uma justificação (oferecida *após* a decisão e *pelo* decisor)³³. Permite, a partir de seu texto, a reconstrução da norma.

²⁸ CARBONELL, Flavia. *Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions*. In DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (ed.). *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*. Dordrecht: Springer, 2003, p. 3-5.

²⁹ MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org: idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992, p. 511.

³⁰ WALTON, Douglas. *Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam*. Winnipeg: University of Winnipeg Press, 1999, p. 252.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste, 1997, p. 610-611.

³² DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 4.

³³ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, vol. 39, n. 3, fev, 1987, p. 571.

Como Direito *judicial*, no entanto, distingue-se do Direito *vigente*, embora nele deva encontrar-se lastreado.

Termina, inevitavelmente, por orientar tribunais inferiores, juízes de primeira instância, litigantes estratégicos e, ao fim, a expectativa dos destinatários da norma³⁴.

3.3. REVERSÃO JURISPRUDENCIAL

Trata-se da revisão, por um tribunal, de entendimento consolidado em julgados anteriores, com a adoção de nova posição total ou parcialmente contrária a um precedente, *idealmente* após a consideração dos argumentos que o fundamentaram. A reversão jurisprudencial, como *sistematização* de precedentes, dá-se mediante as operações lógicas da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*)³⁵. Qualquer das técnicas exige, no entanto, o enfrentamento prévio da extensão e da qualidade *vinculante* deste precedente.

Esta pesquisa, quanto à vinculatividade dos precedentes, adota a perspectiva de Karl Larenz: ela não diz respeito ao precedente em si, mas à sua "máxima de decisão", "só e enquanto se refere a uma interpretação acertada"³⁶: nenhum juiz é obrigado a seguir um precedente, seu ou de outro tribunal; tampouco haveria, por outro lado, vinculatividade do precedente apenas em casos onde o Direito admitiria mais de uma resolução fundamentada, justamente para garantir a livre apreciação fundamentada ao juiz.

³⁴ GUIMARÃES, Tamiris Carvalho Veiga. *Reversão de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: um olhar sobre a sua coerência decisória*. (Monografia). São Paulo: SBDP, 2010, p. 6.

³⁵ Grosso modo, na *distinção* consideram-se peculiaridades fáticas e jurídicas do caso a ser decidido perante o caso paradigma, com a não aplicação do precedente quando encontradas distinções em alguma das características. Na *superação*, há modificação de normas judiciais, ou de visões sociais sobre a norma, que afeta a aplicabilidade do próprio precedente, ainda que as normas analisadas e os fatos a elas subsumidas sejam os mesmos. Sobre o ponto, ver DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 113-118.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste, 1997, p. 615-616.

A reversão jurisprudencial, portanto, é possível, mas necessariamente exige do decisor, como ônus argumentativo, o enfrentamento da fundamentação da decisão até então vigente, quando ambas versem sobre os mesmos fatos e direitos.

3.4. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

O termo “execução antecipada da pena”, em sentido amplo, designa o cumprimento de pena no curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Implica, portanto, em prisão antecipada do réu diante de possibilidades recursais e, assim, de reformas a seu favor (ex., a absolvição por ausência de fato antijurídico).

Embora tratada como sinônimo de “execução provisória da pena”, no entanto, não se confunde com as medidas cautelares provisórias do âmbito penal, a exemplo das prisões em flagrante e preventiva, na medida em que estas se amparam na existência de *periculum libertatis* – isto é, relacionam-se com a tutela do processo penal e coexistem com o princípio da presunção de inocência³⁷.

A prisão antecipada como execução da pena, de maneira controversa, também se relaciona com o princípio da presunção de inocência: numa leitura *ampliativa* da presunção de inocência, nenhuma prisão é admitida antes do trânsito em julgado, à exceção das cautelares; numa leitura restritiva, a prisão pode ser admitida logo após acórdão condenatório de segundo grau³⁸.

Esta pesquisa, no entanto, não pretende discutir a compatibilidade da execução antecipada com o princípio da presunção de inocência, nem as possibilidades de sentido do trânsito em julgado, mas apenas analisar como o STF argumenta em suas decisões que avaliam essa compatibilidade ou incompatibilidade.

³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 314-316.

³⁸ ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 8.

3.5. *RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM*

O termo *ratio decidendi* designa, em linhas gerais, os fundamentos definitivos e de maior peso para uma tomada de decisão racional³⁹. Na medida em que o decisor precisa articular diversas espécies de razões para decidir, algumas terão maior grau de relevância do que outras, que no discurso do decisor acabarão por cumprir um papel marginal e subsidiário.

Cada uma dessas razões desempenhará um papel distinto na articulação argumentativa que conduz à decisão, compondo ao fim uma razão de maior centralidade, que poderá servir de orientação a casos futuros: trata-se da *ratio decidendi* (ou *holding*), que conforma as premissas normativas e/ou fáticas da justificação do decisor⁴⁰.

Esse segundo grupo de razões reservado aos argumentos periféricos, de maior carga moral, retórica, emocional ou sentimental – ainda que de importância reconhecível – é chamado de *obter dictum*: seu conteúdo não chega a transcender o caso concreto em si⁴¹ e, por isso, não projeta nenhuma influência sobre os casos do futuro.

A distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum* é uma tarefa interpretativa de difícil aferição, pois os juízes não indicam expressamente quais de seus enunciados pertencem a uma ou outra categoria, atribuindo ao intérprete o trabalho de “separar o joio do trigo”⁴².

³⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Estudo dirigido: Lendo uma decisão: "obter dictum" "ratio decidendi"*. Racionalidade e retórica na decisão. Gulbenkian, 5a edição. Lisboa, 1983, p. 2.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 431.

⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. *Estudo dirigido: Lendo uma decisão: "obter dictum" "ratio decidendi"*. Racionalidade e retórica na decisão. Gulbenkian, 5a edição. Lisboa, 1983, p. 2.

⁴² *Idem, ibidem*.

4. METODOLOGIA

Como pesquisa de natureza empírica, este trabalho restringe-se ao uso do consequentialismo judicial que o STF emprega no âmbito *interno* de suas decisões - ou seja, como os Ministros *valoram consequências* em seus votos para fundamentar suas decisões na alteração de precedentes da Corte.

Considerada essa premissa, estabeleceu-se o primeiro dos filtros: selecionar os acórdãos que estritamente representassem reversão jurisprudencial.

Em seguida, para a avaliação desse recorte de acórdãos, foram estabelecidos critérios para (i) identificar argumentos consequentialistas frente a argumentos com apelo às consequências triviais; (ii) estabelecer relação de conteúdo entre argumento consequentialista e *ratio decidendi* nos votos dos Ministros; (iii) estabelecer o papel da argumentação consequentialista na formação dessa *ratio*; (iv) identificar quais são os principais aspectos das consequências valoradas pelos Ministros; e, por fim, (v) distribuir a argumentação consequentialista ao longo dos sentidos da reversão jurisprudencial e mapeá-los nas linhas vencida e vencedora.

O item (i) se refere à *triagem* de argumentos consequentialistas, enquanto os itens (ii), (iii) e (iv) referem-se à análise qualitativa e, o item (v), à análise quantitativa, como se detalha a seguir.

4.1. DEFINIÇÃO DO ESPAÇO AMOSTRAL: ACÓRDÃOS RELACIONADOS ÀS REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS NO STF

Esta pesquisa partiu de uma leitura prévia das decisões encontradas nas ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019, e no HC 126.292/SP, de 2016. Ambos são considerados os marcos recentes na reversão jurisprudencial do STF sobre execução antecipada da pena, como se depreende da menção, nas ADCs em questão, ao próprio HC 126.292/SP, seu precedente superado.

Vinicius Alvarenga e Veiga⁴³ apontou a centralidade de precedentes como ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019, HC 126.292/SP, de 2016, HC 84.078/MG, de 2009 e HC 68.726/SP, de 1991: esta pesquisa reconstruiu o raciocínio de “árvore jurisprudencial”⁴⁴ para checar as menções aos precedentes superados com propósito de alcançar, como objeto de análise, o conjunto de *todas* as decisões do STF que ensejaram *reversão jurisprudencial* sobre execução antecipada da pena.

Em pesquisa direta no site do STF⁴⁵ obteve-se o conteúdo das ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019⁴⁶, do HC 126.292/SP, de 2016, e do HC 84.078/MG, de 2009. Nas ADCs 43 e 44, de 2019, confirmou-se menção ao HC 126.292/SP, de 2016, além do HC 84.078/MG, de 2009, e, ainda, ao HC 68.726/SP, de 1991 – este, portanto, sendo o “acórdão-raiz” da jurisprudência sobre o tema no Plenário do STF.

Na medida cautelar das ADCs 43 e 44, em referência à petição do requerente, encontrou-se menção ao HC 70.363/SP, de 1993. Este, no entanto, embora precedente, não configura reversão jurisprudencial porque apenas acompanha o entendimento do acórdão-raiz. No HC 126.292/SP, de 2016, confirmou-se citação ao HC 84.078/MG, de 2009. Embora o HC 84.078/MG não mencione o acórdão-raiz, as menções anteriores bastaram para a identificação de três reversões jurisprudenciais e um acórdão-raiz sobre a execução antecipada da pena.

Esta pesquisa, portanto, concentrou-se em todos os votos de cinco documentos, na seguinte ordem cronológica de julgamento: HC 68.726/SP,

⁴³ ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, pp. 13.

⁴⁴ A ideia de “árvore jurisprudencial” sugere agrupamento e organização de decisões jurisprudenciais produzidas ao longo do tempo. A identificação de uniformidades e relações sistemáticas entre as decisões oferece melhor compreensão das orientações normativas do direito judicial. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. cap. 5, Legis, 2006, p. 139-141.

⁴⁵ PESQUISA de Jurisprudência, *Supremo Tribunal Federal*, Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 30.07.20. Esta plataforma de busca do STF mudou de plataforma em 21.08.20.

⁴⁶ O inteiro teor do julgamento das ADCs 43, 44 e 54 só foi disponibilizado no site do STF em 12.11.20. Foram analisados, de início, seus documentos processuais parciais, e só posteriormente o inteiro teor do acórdão.

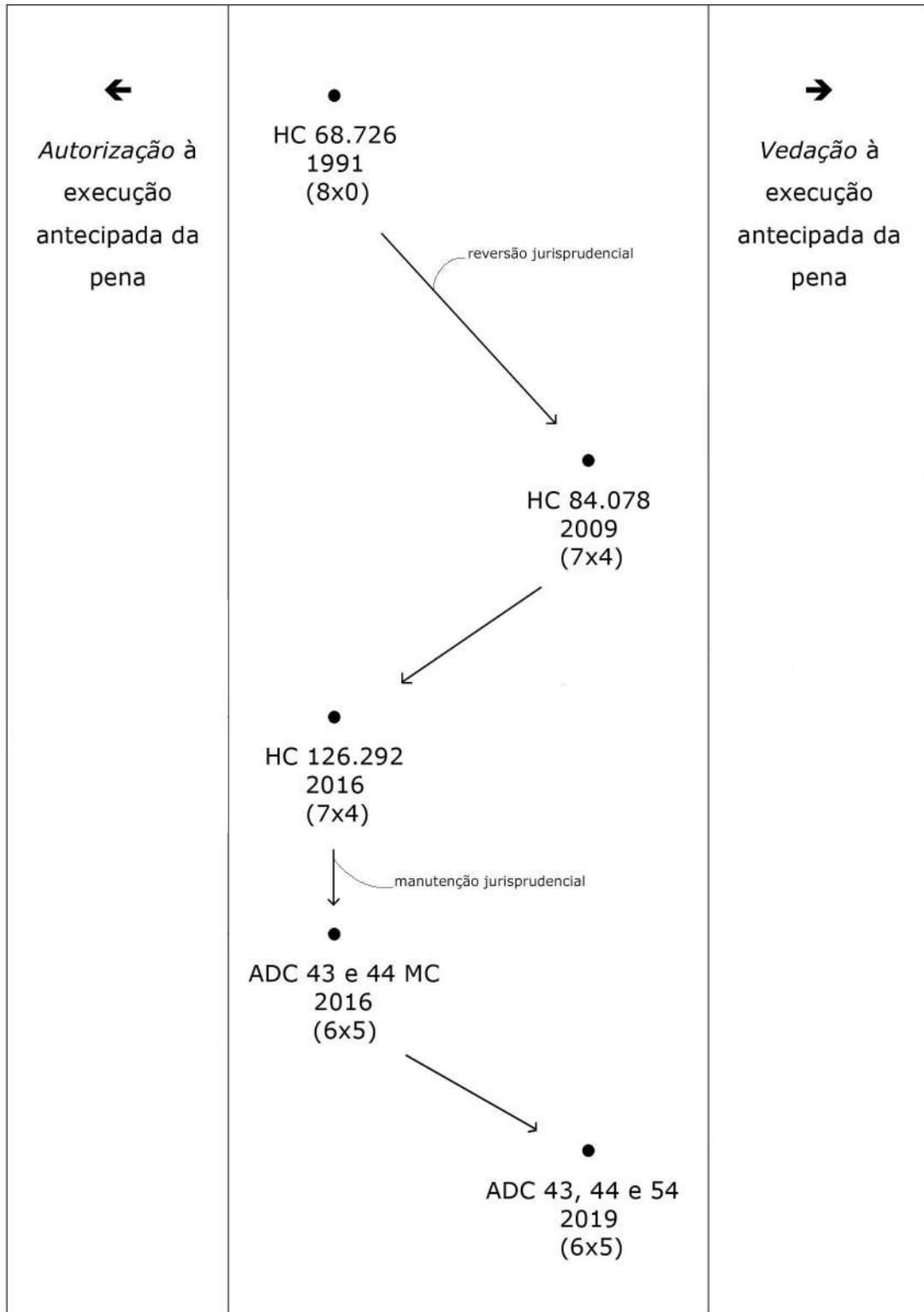
de 1991; HC 84.078/MG, de 2009; HC 126.292/SP, de 2016; ADCs 43 MC e 44 MC/DF, de 2016, e, por fim, ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019.

Em panorama, ao longo dos cinco julgados, observou-se que o STF decidiu três vezes pela *autorização* à execução antecipada da pena, em entendimento *restritivo* da presunção de inocência (em 1991, no HC 68.726/SP; em 2016, no HC 126.292/SP, e em 2016, no ADCs 43 MC e 44 MC/DF), e duas vezes pela *vedação* à execução antecipada da pena, em entendimento *ampliativo* da presunção de inocência (em 2009, no HC 84.078/MG, e em 2019, nas ADCs 43, 44 e 54/DF)⁴⁷.

Trata-se, portanto, de uma jurisprudência em ziguezague que pode ser melhor entendida graficamente ao longo de uma "árvore jurisprudencial", com o detalhamento do placar de votos dos Ministros (ora de entendimento unânime, ora de votação mais ou menos acirrada) e o sentido geral da decisão (num espectro bipolar entre a autorização e a vedação à execução antecipada da pena), como se vê no gráfico da próxima página.

⁴⁷ Vinicius Alvarenga e Veiga descreveu o perfil da Corte em três dos julgados estudados neste trabalho, à exceção das ADCs 43 MC e 44 MC/DF, de 2016, e das ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019. ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88 (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, pp. 23-46.

Gráfico 1. Árvore de reversões jurisprudenciais sobre execução antecipada da pena no STF, com acórdão, ano, placar de voto e sentido da decisão.



4.2. TRIAGEM PARA DIFERENCIAR CONSEQUÊNCIAS INTERNAS E EXTERNAS ÀS NORMAS

A triagem para identificação do argumento consequencialista foi pensada para separar argumentos baseados em consequências *internas* às normas⁴⁸ dos argumentos baseados nas consequências *externas* às normas.

Na medida em que toda norma possui uma consequência normativa interna ("Se P, então Q", no caso de regra; "Para P, então Q", no caso de princípio), mostra-se absolutamente *trivial* o argumento que valoriza consequências já previstas e desejadas pelo próprio legislador - expressas *na* e constituídas *pela* própria norma: essa valoração, portanto, *não é consequencialismo judicial*.

A triagem, portanto, é ferramenta para identificação de consequências *externas* às normas, sejam elas jurídicas ou extrajurídicas.

Essa distinção, como ferramenta, mostrou-se importante, como se verá em detalhes no item 5.1, para separar apelos a consequências triviais (que não são consequencialismo) de argumentos consequencialistas concretos, mas que possuem difícil aferição, pois desprovidos de construção retórica, verbos no modo futuro ou sugestivas frases como "ônus social", "consequências negativas", "impacto sistêmico", dentre outros.

Filtrar argumentos que valoram consequências *externas* às normas, portanto, serviu a identificar o argumento consequencialista que pode vir a *reconstruir* a norma de um dispositivo (a título de exemplo: "se P, então Q, salvo se W", onde W é um hipotético argumento consequencialista) e, assim, afetar a sua aplicação no caso concreto, em evidente demonstração do consequencialismo judicial como método decisório.

4.3. METODOLOGIA PARA ANÁLISE QUALITATIVA

⁴⁸ Ou "inbuilt consequences", na concepção de Bernard Rudden, ou ainda "consequences as implications", para MacCormick. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 106.

Identificados os argumentos consequencialistas após a triagem, passou-se a um *método trifásico de análise*, como mencionado na introdução deste capítulo.

Antes de seguir, um apontamento importante: a partir deste ponto, passa-se a utilizar, ao lado do termo “argumento consequencialista”, também o termo “argumentação consequencialista”: enquanto o primeiro pode ser entendido como um argumento individualizado, o segundo pode tanto se referir a um argumento individualizado como a um conjunto de argumentos consequencialistas articulados. A distinção é necessária porque um único voto de um Ministro pode conter um só argumento consequencialista ou uma pluralidade deles.

Este item descreverá as três etapas desta metodologia qualitativa: (i) estabelecer relação de conteúdo entre argumento consequencialista e *ratio decidendi* nos votos dos Ministros, (ii) estabelecer o papel da argumentação consequencialista na formação dessa *ratio*, (iii) identificar e aglutinar as espécies de consequências mais relevantes nas decisões.

Em relação ao item (i) e (ii), escolheu-se um caminho de “frente para trás”. Inicialmente, foi necessário identificar as múltiplas *rationes* dos acórdãos onde se decidiu sobre execução antecipada da pena. Essas *rationes* foram então categorizadas em duas classes argumentativas: ampliativa (em defesa da *vedação* à execução antecipada) e restritiva (em defesa da *autorização* à execução antecipada), como na Tabela 1⁴⁹ a seguir.

⁴⁹ As categorias em questão foram usadas por Vinicius Alvarenga e Veiga em análise das *rationes* dos HC 68.726/SP, HC 84.078/MG e HC 126.292/SP e, neste trabalho, também aproveitadas para análise das *rationes* das ADCs 43 MC e 44 MC/DF e ADCs 43, 44 e 54/DF, como se vê no Apêndice 5 (p. 195). ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 17-22.

Tabela 1. *Rationes* encontradas nas decisões do STF sobre execução antecipada da pena, categorizadas em função do sentido dessas decisões.

Classe	<i>Ratio decidendi</i>	Conteúdo
Ampliativa (sentido da vedação à execução antecipada)	1. Extensão de garantias à privação de liberdade	Garantias do Direito Civil devem ser estendidas também ao Direito Penal
	2. Restrições a direitos fundamentais	Garantia fundamental não pode ser reduzida. Punitivismo ofende art. 5º, LVII, CF/88
	3. Possibilidade de prisão cautelar	Prisão temporária e preventiva são compatíveis com art. 5º, LVII e seguem sendo aplicáveis
Restritiva (sentido da autorização à execução antecipada)	1. Instâncias e recursos ordinários	Resp e RE cuidam de questão de Direito, não de prova, logo não têm efeito suspensivo
	2. Efetividade e respeito à jurisdição penal	Efetividade penal é um princípio. Recurso protelatório promove impunidade.
	3. Forma de prisão preventiva	Execução antecipada da pena assemelha-se à prisão preventiva após 2º grau.

Buscou-se então avaliar a *relação* entre a argumentação consequentialista empregada por cada Ministro em cada um de seus votos⁵⁰ e as *rationes* de cada um desses mesmos votos, a partir de um levantamento prévio de *rationes*, organizadas na Tabela 2⁵¹ a seguir.

⁵⁰ Ver Apêndice I (p. 69), com a transcrição comentada de todos os argumentos consequentialistas empregados por todos os Ministros em todos os acórdãos estudados.

⁵¹ Para tal, igualmente aproveitou-se o trabalho de identificação de *rationes* de cada voto usado por Vinicius Alvarenga e Veiga, com o devido acréscimo das ADCs 43 MC e 44 MC/DF e ADCs 43, 44 e 54/DF, como se vê no Apêndice 5 (p. 195). ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 67-93.

Tabela 2. *Rationes* de todos os votos dos Ministros do STF em todos os acórdãos onde houve reversão jurisprudencial sobre execução antecipada.

Caso	Ministro	Categoria	Rationes
HC 68.726	Néri da Silveira	Restritiva	1 e 3
HC 84.078	E Grau (liminar)	Ampliativa	1, 2 e 3
	E. Grau (mérito)	Ampliativa	1, 2 e 3
	Menezes Direito	Restritiva	1, 2 e 3
	Celso de Mello	Ampliativa	1, 2 e 3
	Cezar Peluso	Ampliativa	1 e 2
	Joaquim Barbosa	Restritiva	1, 2 e 3
	R. Lewandowski*	----	----
	Carmen Lúcia*	----	----
	Carlos Britto	Ampliativa	2 e 3
	Ellen Gracie	Restritiva	1, 2 e 3
	Marco Aurélio	Ampliativo	1, 2 e 3
	Gilmar Mendes	Ampliativo	2 e 3
HC 126.292	Teori Zavascki	Restritiva	1 e 2
	Edson Fachin	Restritiva	1 e 2
	Luís R. Barroso	Restritiva	1, 2 e 3
	Rosa Weber	Ampliativa	2
	Luiz Fux	Restritiva	1 e 2
	Cármem Lúcia	Restritiva	1 e 2
	Gilmar Mendes	Restritiva	1, 2 e 3
	Marco Aurélio	Ampliativa	2
	Celso de Mello	Ampliativa	1 e 2
	R. Lewandowski	Ampliativa	1 e 2
	Dias Toffoli*	----	----
ADC 43 e 44 MC	Marco Aurélio	Ampliativa	1, 2 e 3
	Edson Fachin	Restritiva	1 e 2
	Luís R. Barroso	Restritiva	1, 2 e 3
	Teori Zavascki	Restritiva	1 e 2
	Rosa Weber*	----	----
	Luiz Fux	Restritiva	1, 2 e 3
	Dias Toffoli	Ampliativa e Restritiva**	1 (Restritiva) e 2 (Ampliativa)
	R. Lewandowski	Ampliativa	1, 2 e 3
	Gilmar Mendes	Restritiva	1 e 2
	Celso de Mello	Ampliativa	2 e 3
	Cármem Lúcia	Restritiva	1 e 2
ADC 43, 44 e 54	Marco Aurélio	Ampliativa	1, 2 e 3
	A. de Moraes	Restritiva	1 e 2
	Edson Fachin	Restritiva	1 e 2
	Luís R. Barroso	Restritiva	1, 2 e 3
	Rosa Weber	Ampliativa	1 e 2
	Luiz Fux	Restritiva	1, 2 e 3

	R. Lewandowski	Ampliativa	2 e 3
	Cármem Lúcia	Restritiva	1 e 2
	Gilmar Mendes	Ampliativa e Restritiva**	2 e 3 (Ampliativa) e 3 (Restritiva)
	Celso de Mello	Ampliativa	2 e 3
	Dias Toffoli	Ampliativa	2 e 3

* O voto não se encontra no acórdão

** Os Ministros apresentaram tese intermediária

Com a identificação das *rationes* individuais e o fichamento completo de toda argumentação consequencialista identificada em todos os votos de toda seleção de acórdãos⁵², partiu-se para a seguinte pergunta: a argumentação consequencialista do Ministro em questão trata do mesmo conteúdo temático da *ratio*? Quando *sim*, passou-se ao próximo filtro.

O papel da argumentação consequencialista na *formação* da *ratio* foi então categorizada em três graus: (i) determinante, (ii) em parte determinante e (iii) não-determinante.

Formulou-se um filtro de quatro *perguntas orientadoras* para identificar o papel da argumentação na formação da *ratio decidendi*:

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*?
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista?
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica?
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória?

A pergunta (1) avalia o *grau de importância* da argumentação para a integridade da *ratio*: se necessária, tem maior probabilidade de compor sua formação; se supérflua, menor probabilidade.

A pergunta (2) avalia o *grau de comprometimento* da argumentação: se analítica, tem maior probabilidade de compor a formação da *ratio*; se retórica, menor probabilidade.

⁵² Ver Apêndice I (p. 69), com a transcrição comentada de todos os argumentos consequencialistas empregados por todos os Ministros em todos os acórdãos estudados.

A pergunta (3) avalia o *grau de presença* da argumentação consequencialista: se recorrente, tem maior probabilidade de compor a formação da *ratio*; se episódica, menor probabilidade.

A pergunta (4) avalia um aspecto particular do consequencialismo judicial de segunda ordem: como meta-estratégia decisória ("*decisão sobre como decidir*"⁵³), esta posição teórica *obriga* o decisor a valorar consequências. Logo, sua adoção atribui à argumentação consequencialista automático papel *determinante*.

Uma maioria simples de respostas *sim* às quatro perguntas atribuiu papel *determinante* à argumentação consequencialista na formação da *ratio decidendi* do voto. Uma maioria simples de respostas *não* às quatro perguntas atribuiu papel *não determinante*. Um empate entre respostas *sim* e *não* atribuiu papel *em parte determinante*. Qualquer resposta *sim* à pergunta (4) atribuiu automático papel *determinante*.⁵⁴ O resultado dessas respostas foi consolidado na Tabela Extra (p. 68).

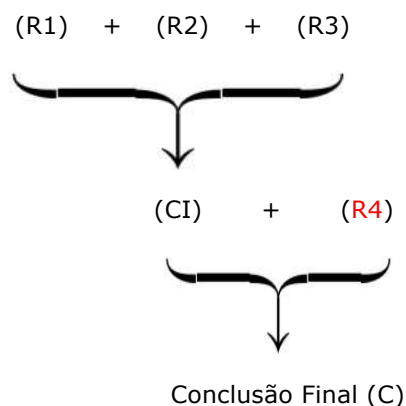
Esta metodologia baseou-se originalmente no seguinte modelo de construção argumentativa: razões básicas (R) (também sinônimo de argumentos) agrupam-se, levando a conclusões intermediárias (CI), que pode combinar-se a outras razões para formar uma conclusão final (*holding*) - sendo esta *holding* a própria *ratio decidendi* do voto⁵⁵, como no exemplo abaixo, onde R4 é um argumento consequencialista determinante, como se vê na figura abaixo.

⁵³ Ver nesse sentido: ARGUELHES, Diego e LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmiento. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 196.

⁵⁴ A identificação da adoção do consequencialismo judicial de segunda ordem pode ser entendida, informalmente, como espécie de "supertrunfo" determinante, para os fins deste filtro de perguntas.

⁵⁵ FISCHER, Alec. *The logic of real arguments*. Cambridge: Cambridge University Pres. EUA, 2004, p. 19-24.

Figura 1.

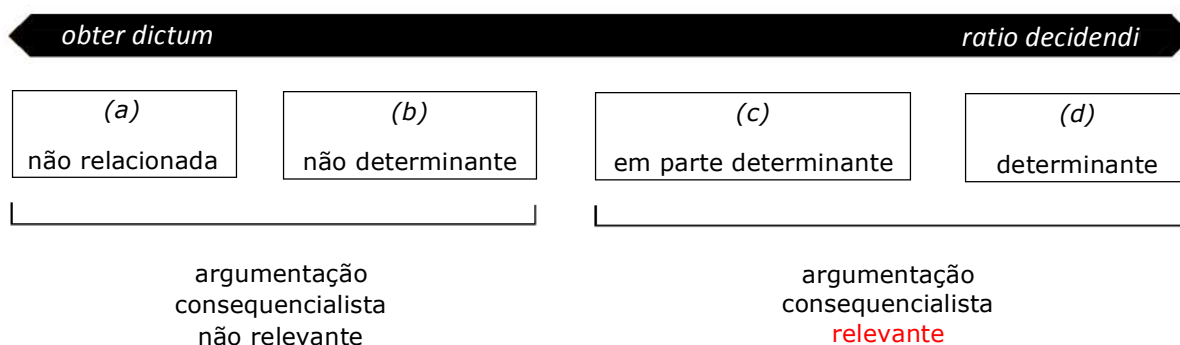


A posição dos argumentos no esquema sugere a *relevância* da argumentação consequencialista (R4) graficamente: maior proximidade da conclusão final e maior possibilidade de não-refutação, ou seja, maior possibilidade de o argumento ser *determinante* para a *ratio*.

Diante da quantidade de votos e de sua complexidade, optou-se pelo uso do esquema gráfico apenas a título exemplificativo, como se verá ao longo do item 5.2, embora o modelo possua o mesmo objetivo das perguntas: avaliar o quão *determinante* é um argumento para a *ratio* e, portanto, quão *relevante* foi para a decisão.

Num espectro a definir natureza da argumentação consequencialista como mais próxima *obter dictum* ou mais próxima de *ratio decidendi*, sugere-se que (a) e (b) tem mais probabilidade de pertencer a *obter dictum*, enquanto (c) e (d) tem mais probabilidade de pertencer à *ratio*, como ilustra a figura a seguir.

Figura 2.



Para viabilizar o item (iii) (“identificar quais são os principais aspectos das consequências valoradas pelos Ministros”), os argumentos individualizados dos Ministros foram submetidos a uma classificação a partir de seus principais aspectos⁵⁶: (i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou múltiplas), (ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu), (iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica) e (iv) justificativo (consequências com fundamento em que: Ordenamento Jurídico, Moral ou Economia).

4.4. METODOLOGIA PARA ANÁLISE QUANTITATIVA

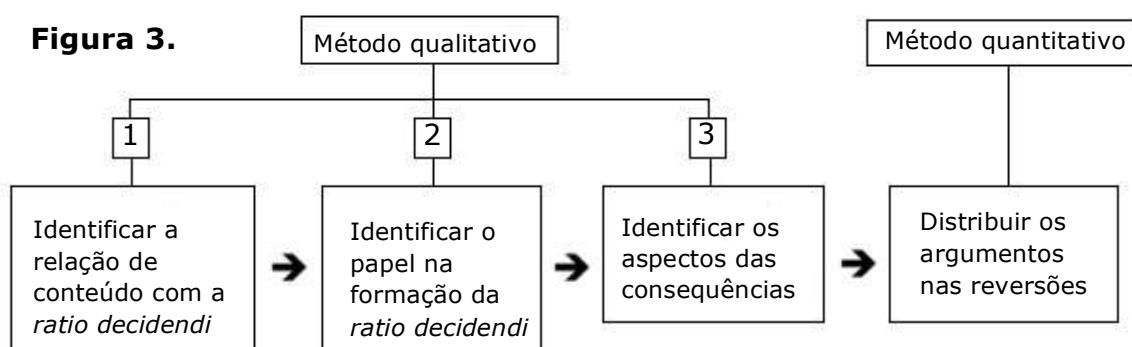
Enquanto o levantamento *qualitativo* descrito no item anterior relaciona-se à *relevância* (para responder a *como* os Ministros do STF fazem uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais sobre execução antecipada da pena), o levantamento *quantitativo* dos argumentos relaciona-se à *presença* (para responder a *em que medida* os Ministros do STF fazem uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais sobre execução antecipada da pena).

Nesta última etapa, os argumentos consequencialistas, já classificados em relação e papel diante da *ratio*, foram distribuídos ao longo de uma árvore

⁵⁶ Os quatro aspectos foram adaptados de proposta de Ávila para o estudo de consequências. Em seu trabalho, no entanto, eram originalmente seis. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 614-615.

jurisprudencial⁵⁷ de espectro bipolar (*autorização e vedação*), para uma visualização espacial da argumentação consequencialista em todos os julgados importantes⁵⁸ que compuseram as reversões jurisprudenciais. Por fim, os argumentos foram vinculados às linhas vencida e vencedora de cada julgamento, para uma comparação visual da *presença* de argumentação consequencialista ao longo das posições pela *autorização e vedação* à execução antecipada da pena.

O quadro abaixo condensa e resume as etapas metodológicas qualitativa e quantitativa:



⁵⁷ A ideia de “árvore jurisprudencial” sugere agrupamento e organização de decisões jurisprudenciais produzidas ao longo do tempo. A identificação de uniformidades e relações sistemáticas entre as decisões oferece melhor compreensão das orientações normativas do direito judicial. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. cap. 5, Legis, 2006, p. 139-141.

⁵⁸ Julgado importante (“sentencia importante”) ou julgado marco (“sentencia-hito”) é aquele relevante numa linha jurisprudencial. Pode ser fundador da linha, consolidador, modificador (responsável pela reversão jurisprudencial), reconceituador ou dominante. Em oposição, um julgado não-importante pode ser aquele meramente confirmador, argumentativamente confuso ou excessivamente abstrato. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. cap. 5, Legis, 2006. p. 163-167.

5. ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NO STF

Neste capítulo serão apresentados os resultados da pesquisa empírica, item a item, em alinhamento à proposta metodológica e com exemplos extraídos dos votos proferidos.

Primeiramente, sob o diagnóstico da ferramenta de triagem, demonstrou-se *presença genérica e indiscriminada* de argumentos com apelo a consequências triviais e argumentos consequencialistas em *todos* os acórdãos, independentemente de composição da Corte ou do sentido da jurisprudência (item 5.1).

Posteriormente, apresentam-se resultados a comprovar a quase total *relação* da argumentação consequencialista, quando presente, com o conteúdo da *ratio decidendi* de um voto (item 5.2.1), bem como seu papel predominantemente *determinante* para a formação dessa *ratio* (item 5.2.2), além da relevância da espécie de argumento consequencialista que valora negativamente as consequências da ofensa à efetividade penal (item 5.3).

Por fim, apresentam-se resultados em dois eixos.

Considerados os *votos dos Ministros*, a argumentação consequencialista *relevante* é mais presente quando se decidiu pela *autorização* à execução antecipada, enquanto a argumentação consequencialista *indiscriminada* (relevante e não relevante) é mais presente quando se decidiu pela *vedação* (item 5.4).

Consideradas as *decisões do STF*, a argumentação consequencialista *relevante* é mais presente quando se decidiu pela *vedação* à execução antecipada, enquanto a argumentação consequencialista *indiscriminada* (relevante e não relevante) é igualmente presente em *ambos* os sentidos da jurisprudência (item 5.4).

5.1. O STF REALMENTE FAZ USO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS?

Nas reversões jurisprudenciais sobre execução antecipada, à exceção do HC 68.726/SP, de 1991, onde o Min. Rel. Néri da Silveira apresentou voto

sintético fundado em razões de natureza predominantemente processual e sem recurso a consequências, sendo acompanhado em unanimidade por outros sete Ministros⁵⁹, os argumentos de natureza consequencialista foram identificados em absolutamente todos os demais acórdãos: HC 84.078/MG, de 2009; HC 126.292/SP, de 2016; ADCs 43 MC e 44 MC/DF, de 2016 e, por fim, ADCs 43, 44 e 54/DF, de 2019: portanto, em 4 de 5 acórdãos analisados foram encontrados argumentos consequencialistas.

De um total de 42 votos totais analisados nos cinco referidos acórdãos⁶⁰, 15 deles continham pelo menos um argumento com apelo a consequências triviais, e 22 deles continham pelo menos um argumento consequencialista, ainda que tais argumentos fossem essencialmente distintos entre si em natureza e em implicações para a formação da *ratio* do voto (Tabela 1), bem como em repercussão desse argumento diante dos pares Ministros, como se verá mais adiante.

É importante destacar que nenhuma aproximação ou distanciamento numérica entre argumentos com apelo a consequências triviais e argumentos consequencialistas implica em correlação *necessária* entre as duas categorias: é dizer, a presença do argumento com apelo à consequência trivial num voto não *implica* presença de um argumento consequencialista no mesmo voto de um mesmo Ministro.

Isso porque pode haver apelo à consequência trivial e haver presença ou não de argumento consequencialista: o contrário também é igualmente válido. Aliás, aparente correlação entre as categorias nem sequer é vista nos votos de um único Ministro em julgamentos distintos, como se verá no item 5.1.1 em exemplo do Min. Marco Aurélio.

⁵⁹ Acompanham o Min. Rel. Néri da Silveira os Min. Moreira Alves, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Estiveram ausentes à sessão os Min. Celso de Mello, Marco Aurélio e Sydney Sanches. STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/06/1991, p. 215.

⁶⁰ Foi considerado em duplicidade o voto do Min. Eros Grau no HC 84.078, repetido em conteúdo, mas apresentado em duas ocasiões: decisão de liminar e decisão de mérito. Foram igualmente descontados do cômputo total os 4 votos que não constaram de seus acórdãos e que não puderam ser obtidos em busca específica no site do STF, conforme Tabela 1.

Essa constatação de não-correlação, no entanto, não deve sugerir a inutilidade do primeiro dos mapeamentos empregados sob esta metodologia: a identificação do argumento com apelo à consequência trivial, como “ouro de tolo” a enganar aquele que procura o argumento consequencialista, oferece mais clareza para identificá-lo.

Este é o exame a seguir.

5.1.1 Diferença entre argumento com apelo a consequência trivial e argumento consequencialista

Dois exemplos ajudam a entender a diferença entre argumento com apelo à consequência trivial e argumento consequencialista, e ambos encontram-se do voto do Ministro Menezes Direito, que votou pela autorização à execução antecipada no HC 84.078, fundamentando sua decisão com base na ideia de que Recurso Especial e Recurso Extraordinário cuidam de questão de Direito, não de prova - logo, não têm efeito suspensivo -, e que a efetividade penal é um princípio incompatível com os recursos protelatórios.

Disse o Ministro, em duas partes:

[...] após o devido processo nas instâncias ordinárias, presente a circunstância de que os recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, **a execução provisória é consequência possível**, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o habeas corpus. Entendo que **negar-se essa consequência** ao julgado final das instâncias ordinárias, considerando as próprias limitação (sic) dos apelos extremos e a natureza expressa de efeito apenas devolutivo, **transforma** a Suprema Corte em nova instância regular, não excepcional, o que, pelo menos na minha compreensão, não tem guarida no sistema constitucional brasileiro⁶¹.

Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias **estimula** a impunidade e **protege** aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite⁶².

⁶¹ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1106.

⁶² STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 82. Grifou-se.

No primeiro trecho, o Ministro dá a entender que a execução antecipada da pena seria, ela própria, uma dupla consequência possível: da norma que prevê a pena (“se cometer um crime, será condenado”) e da sentença penal condenatória (“se condenado, então cumprirá pena”). Trata-se apenas de uma invocação trivial de consequências internas materiais e processuais de normas penais.

No segundo trecho, tem-se um argumento consequencialista de fato, de natureza em parte extrajurídica, moral (“impunidade”), em parte ainda jurídica, se considerada essa “impunidade” em sua ofensa à efetividade da jurisdição penal. Os dois argumentos, distintos entre si, encontram-se na mesma página do voto do Ministro Menezes Direito e podem confundir quem busca identificar um argumento consequencialista, pois nem toda menção a “consequências” sugere efetivo consequencialismo, nos termos ora propostos.

Um outro exemplo, embora menos relevante do ponto de vista da argumentação jurídica, mas inversamente proporcional em sua utilidade para explicar a diferença entre consequência *interna* à norma e consequência *externa* à norma, está contido num único voto do Min. Celso de Mello, no HC 126.292, em sua decisão pela vedação à execução antecipada da pena, numa leitura ampliada da presunção de inocência.

Disse o Ministro em duas ocasiões no mesmo voto:

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a **repulsa à presunção de inocência** – com todas as **consequências** e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional⁶³.

Tenho para mim que essa incompreensível **repulsa à presunção de inocência**, Senhor Presidente, com todas as **gravíssimas consequências daí resultantes**, mergulha

⁶³ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 82. Grifou-se.

suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático⁶⁴.

Embora o Ministro trate da idêntica “repulsa à presunção de inocência” em ambos os trechos, ele refere-se a consequências completamente distintas – se por equívoco ou descuido, é irrelevante para o exemplo.

A primeira das consequências é trivial: o Ministro refere-se a “consequências e limitações jurídicas ao poder estatal” que *emanam* da presunção de inocência como norma (“se não há trânsito em julgado, então responde ao processo em liberdade”). *Pista falsa*, portanto, para a identificação de qualquer grau de consequentialismo judicial.

No segundo trecho, no entanto, o Min. Celso de Mello refere-se a “gravíssimas consequências daí resultantes” – ou seja, consequências resultantes *da* “repulsa à presunção de inocência”. Repulsa esta que o Ministro, pelo tom retórico, não esclarece ser conduta alheia ou posição de outros Ministros pela autorização à execução antecipada da pena, mas que lhe despertou um alerta: são “gravíssimas” as consequências dignas de consideração, mas que ele não descreve.

No exemplo do segundo trecho, portanto, a construção ligeiramente distinta do primeiro trecho tem natureza evidente: trata-se de um argumento consequentialista jurídico, de tom retórico, que valora negativamente possíveis consequências abstratas ou concretas - para o próprio sistema jurídico - de posturas (e, infere-se, decisões que da Corte venha a tomar) em defesa da restrição da presunção de inocência.

Outros exemplos sutis da diferença entre naturezas de um argumento consequentialista e implicações em seu uso também podem ser encontradas num único voto de um Ministro, a exemplo do que se observou nos votos do Min. Marco Aurélio em três julgamentos, a seguir.

No HC 84.078, de 2009, nenhum argumento consequentialista foi encontrado no voto do Ministro (em todas os julgados sempre alinhado à

⁶⁴ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 89. Grifou-se.

vedação à execução antecipada⁶⁵); no HC 126.292, de 2016, encontrou-se um primeiro e pequeno alerta, de tom retórico, sobre uma aparente inevitável revisão de jurisprudência que se já anunciava⁶⁶, em nome da autorização à execução antecipada da pena: “tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, **poderá continuar** a ser tida como Carta cidadã”⁶⁷.

Por fim, nas ADC 43 MC e 44 MC, de sua relatoria, o Min. Celso de Mello recorreu, de maneira inédita em seus votos, a estatísticas do STJ sobre revisão criminal⁶⁸, ainda que se recusando a fazer qualquer ponderação de consequências face o princípio da presunção de inocência. Então, ele se insurgiu contra o que qualificou, genericamente, de “argumentos metajurídicos” – em geral, usados nesse julgamento específico para defender como *positiva* a baixa probabilidade futura de reforma de uma condenação nos Tribunais superiores, após decisão em segundo grau. No meio da “guerra” de estatísticas⁶⁹ sobre impacto da autorização à execução antecipada na população carcerária, disse o Min. Marco Aurélio:

Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar **argumentos metajurídicos**, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania⁷⁰.

Apesar da crítica ao argumento consequencialista, o Ministro Marco Aurélio aproveitar-se-ia de um - e no mesmo voto -, sem oferecimento de nenhuma evidência empírica a comprovar sua prognose:

⁶⁵ A descrição de todas as *rationes* dos votos dos Ministros pode ser consultada no capítulo de Metodologia, na Tabela 2 (p. 20-21).

⁶⁶ Para visualizar todas as reversões jurisprudenciais, ver a figura da Árvore Jurisprudencial, no capítulo 5.5.

⁶⁷ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 76. Grifou-se.

⁶⁸ O Min. mencionou Relatório Estatístico do referido Tribunal, que registrou taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variando, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%. STF: MC 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/09/2016, p. 22. Grifou-se.

⁶⁹ A título de exemplo, o Ministro Edson Fachin apresentaria no julgamento seguinte, da ADC 43 e 44 MC, dados de estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) “A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional”. STF: ADC 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/09/2016, p. 16.

⁷⁰ STF: MC 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/09/2016, p. 3. Grifou-se.

Sob a óptica do perigo da demora, não há que se tergiversar em face da **iminência** de prisão ou efetivo recolhimento de **milhares de indivíduos** – e nem todos são acusados de haver cometido os denominados crimes do colarinho branco –, antes da preclusão maior da sentença condenatória⁷¹.

Como se vê, assim como não há nenhuma correlação entre argumento com apelo à consequência trivial e argumento consequencialista, também não é possível sequer estabelecer um padrão de coerência no uso do argumento consequencialista pelos Ministros, nem dentro de um único voto!

A tabela abaixo oferece essa visão: registra a identificação de todas as 19 argumentações com apelo a consequências triviais e 28 argumentações consequencialistas, por voto e acórdão⁷². Permite concluir parcialmente, em resposta à pergunta do título deste capítulo, que, sim, o STF faz realmente uso do argumento consequencialista, que este pode ser encontrado indiscriminadamente em 4 de 5 julgados e, por fim, que não há um padrão coerente de seu uso pelos Ministros, que num julgamento estes podem criticar o argumento consequencialista e, noutro, adotá-lo.

Tabela 3. Triagem de argumentos consequencialistas e argumentos com apelo a consequências triviais nas reversões jurisprudenciais.

Caso	Ministro	Há argumento com apelo a consequência trivial?	Há argumento consequencialista?
HC 68.726	Néri da Silveira	Não	Não
HC 84.078	Eros Grau (liminar)	Sim	Sim
	Eros Grau (mérito)	Sim	Sim
	Menezes Direito	Sim	Sim
	Celso de Mello	Sim	Sim
	Cezar Peluso	Sim	Sim
	Joaquim Barbosa	Sim	Sim

⁷¹ STF: MC 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/09/2016, p. 10. Grifou-se.

⁷² Para ver em detalhe, consultar Apêndice 1, com registro de todos os argumentos consequencialistas catalogados e comentados, e Apêndice 2, com registro de todos os argumentos com apelo a consequências triviais, também comentados.

Caso	Ministro	Há argumento com apelo a consequência trivial?	Há argumento consequentialista?
HC 84.078	Ricardo Lewandowski*	----	----
	Carmen Lúcia*	----	----
	Carlos Britto	Sim	Não
	Ellen Gracie	Sim	Sim
	Marco Aurélio	Não	Não
	Gilmar Mendes	Não	Sim
HC 126.292	Teori Zavascki	Não	Sim
	Edson Fachin	Não	Sim
	Luís Roberto Barroso	Sim	Sim
	Rosa Weber	Não	Não
	Luiz Fux	Não	Sim
	Cármen Lúcia	Sim	Não
	Gilmar Mendes	Não	Não
	Marco Aurélio	Não	Sim
	Celso de Mello	Sim	Sim
	Ricardo Lewandowski	Não	Sim
Dias Toffoli*	----	----	
ADCs 43 MC e 44 MC	Marco Aurélio	Não	Sim
	Edson Fachin	Não	Sim
	Luís Roberto Barroso	Sim	Sim
	Teori Zavascki	Sim	Sim
	Rosa Weber*	----	----
	Luiz Fux	Não	Não
	Dias Toffoli	Sim	Não
	Ricardo Lewandowski	Não	Sim
	Gilmar Mendes	Sim	Sim
	Celso de Mello	Sim	Sim
	Cármen Lúcia	Não	Não
ADCs 43, 44 e 54	Marco Aurélio	Não	Sim
	Alexandre de Moraes	Não	Sim
	Edson Fachin	Sim	Não
	Luís Roberto Barroso	Não	Sim
	Rosa Weber	Não	Não
	Luiz Fux	Sim	Sim
	Ricardo Lewandowski	Não	Sim
	Cármen Lúcia	Não	Não
	Gilmar Mendes	Não	Sim
	Celso de Mello	Sim	Não
	Dias Toffoli	Não	Não

* O voto não consta do acórdão

5.1.2 Diferença entre contra-argumento anticonsequencialista e contra-argumento consequencialista

Outra diferenciação importante notada nesta pesquisa está na contra-argumentação dos Ministros, na medida em que estes não se limitam a apresentar argumentos em favor de uma ou outra posição jurisprudencial que adotaram, mas também esforçam-se em *refutar* a posição que *não adotaram*, num enfrentamento de sua argumentação e *também* das consequências que nela foram valoradas: a constatação é sutil, mas trouxe relevante implicação para identificar o argumento consequencialista.

Dois exemplos são ponto de partida para explicar a diferença entre contra-argumento *anticonsequencialista* (onde refuta-se o *método* consequencialista adotado por posição contrária) e contra-argumento *consequencialista* (onde refuta-se a valoração de uma consequência pela posição contrária e valora-se *outra* consequência em seu lugar).

O primeiro dos exemplos, a contrapor dois argumentos distintos, será dividido em duas partes.

A primeira pertence ao Ministro Eros Grau no HC 84.078, identificada em trecho de voto originalmente liminar (que depois seria repetido no mérito), onde o Ministro endossa a vedação à execução antecipada, entendimento inaugurado em 2009. Eis o argumento do Min. Eros Grau:

A prestigiar-se o princípio constitucional [da presunção de inocência], dizem [os defensores da autorização à execução antecipada da pena], **os tribunais serão inundados** por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos [...] além do que **"ninguém mais será preso"**. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais⁷³.

Antes de passar ao comentário, apresenta-se a segunda parte do exemplo, em contraposição: trata-se de voto do Min. Alexandre de Moraes

⁷³ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1061. Grifou-se.

julgamento do mérito das ADCs 43, 44 E 54, de 2019 (onde justamente restaurou-se, uma década depois, o entendimento do HC 84.078): o Ministro, em defesa da *autorização* à execução antecipada da pena, primeiramente descreveu em minúcias toda a evolução da jurisprudência sobre execução antecipada desde 1988. Disse então o Ministro, criticando a jurisprudência pela *vedação* e, simultaneamente, defendendo a jurisprudência pela *autorização*:

Durante todos esses anos, 31 anos, as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal **não produziram nenhum impacto significativo** no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos anos, **produziu** (sic) uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil⁷⁴.

Passa-se à explicação.

No primeiro caso, a despeito de seu explícito tom retórico de preocupação, o Min. Eros Grau critica especificamente a *valoração* que os defensores da autorização à execução antecipada fazem das consequências que têm *para si* como indesejadas (abuso recursal e impossibilidade de alguém vir a ser preso). Ou seja, o Ministro critica a *valoração* das consequências, sem atacá-las diretamente (ainda que pudesse fazê-lo posteriormente); critica, portanto, o *método* consequencialista de seus pares (que classifica como “jurisprudência defensiva”). Seu contra-argumento é, portanto, *anticonsequencialista*.

No segundo caso, o Min. Alexandre de Moraes destaca, de um lado, uma consequência *negativa* da vedação à execução antecipada e, do outro, apresenta uma consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, ainda que sem apresentar evidência empírica. Não se sabe em detalhes nem qual foi o “impacto significativo” no sistema prisional nem se explicita qual foi a “grande evolução” no combate à corrupção. Ou seja, o Ministro não critica a *valoração* da consequência feita pelos seus pares como *método*, mas sim a *qualidade* dessa valoração. Noutras palavras, faz crítica *consequencialista* ao consequencialismo da posição contrária,

⁷⁴ STF: ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2019, p 16-17. Grifou-se.

enquanto destaca suas próprias consequências preferíveis. Seu contra-argumento é, portanto, *consequencialista*.

A distinção entre contra-argumento *anticonsequencialista* e contra-argumento *consequencialista* é decisiva: o primeiro *não* é consequencialista (pelo contrário, funda-se geralmente em estrita legalidade, respeito a princípios do Direito e, no limite teórico, orientação de matriz filosófica deontológica⁷⁵), e, logo, *não* integra nenhuma das tabelas deste trabalho⁷⁶; o segundo é, obviamente, um argumento consequencialista. Foi, portanto, considerado para a análise a seguir.

5.2. OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS SÃO RELEVANTES PARA A RAZÃO DE DECIDIR?

Como descrito no capítulo sobre metodologia, os argumentos consequencialistas selecionados na triagem foram submetidos a um *método trifásico de análise*.

Uma resposta adequada à pergunta do título, como se verá, relaciona-se à *primeira etapa* do referido método: estabelecer a relação e o papel dos argumentos consequencialistas frente à formação da *ratio decidendi*, onde *relevante* será aquele argumento consequencialista que possui relação de conteúdo com a *ratio decidendi* de seu voto e contribui de maneira *determinante* ou, no mínimo, em *parte determinante* para a formação dessa *ratio* – excluídos os *não determinantes*, que não serão considerados *relevantes* para a razão de decidir.

Passa-se ao exame da *(i) relação* e do *(ii) papel* do argumento.

⁷⁵ A deontologia, em linhas gerais, opõe-se à valoração de consequências para determinar a correção de uma conduta, que pode ser reprovável mesmo se trazer consequências consideradas positivas. ALEXANDER, Larry, MOORE, Michael. "Deontological Ethics". In ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysic Research Lab (Stanford University), 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/ethics-deontological/>>. Acesso em 18/11/2020.

⁷⁶ Para ver todos os contra-argumentos anticonsequencialistas, com comentários, consultar o Apêndice 3.

Identificou-se, em relação a (i), uma quase total aderência dos argumentos consequencialistas ao conteúdo da *ratio* dos votos: em apenas 3 dos 25 votos *não* se relacionaram à *ratio*.

Em relação a (ii), a partir do filtro de perguntas orientadoras, identificou-se uma predominância do papel *determinante* da argumentação consequencialista na formação das *rationes*: foram identificados, nos 22 argumentos previamente filtrados, um total de 11 argumentos *determinantes*, 4 em parte *determinantes* e 7 *não determinantes*.

Passa-se à tabela com tais resultados da relação entre argumentação consequencialista e *rationes* empregadas nos votos dos Ministros.

Tabela 4. Argumentação consequencialista em relação à *ratio* de cada voto

Caso	Ministro	A argumentação consequencialista relaciona-se com alguma <i>ratio decidendi</i> do voto?	Essa relação foi determinante para a formação de alguma <i>ratio decidendi</i> ? ⁷⁷
HC 68.726	Néri da Silveira	----	----
HC 84.078	Eros Grau (liminar)	Não	----
	Eros Grau (mérito)	Não	----
	Menezes Direito	Sim	Em parte
	Celso de Mello	Sim	Não determinante
	Cezar Peluso	Sim	Determinante
	Joaquim Barbosa	Sim	Determinante
	R. Lewandowski*	----	----
	Carmen Lúcia*	----	----
	Carlos Britto	----	----
	Ellen Gracie	Sim	Determinante
	Marco Aurélio	----	----
	Gilmar Mendes	Sim	Determinante
	Teori Zavascki	Sim	Em parte
	Edson Fachin	Sim	Não determinante
	Luís Roberto Barroso	Sim	Determinante

⁷⁷ As respostas detalhadas ao filtro de perguntas encontram-se em Tabela Extra (p. 68). Já o filtro de perguntas foi explicado em detalhes no capítulo de Metodologia (p. 21-22).

Caso	Ministro	A argumentação consequencialista relaciona-se com alguma <i>ratio decidendi</i> do voto?	Essa relação foi determinante para a formação de alguma <i>ratio decidendi</i> ? ⁷⁷
HC 126.292	Rosa Weber	----	----
	Luiz Fux	Sim	Em parte
	Cármem Lúcia	----	----
	Gilmar Mendes	----	----
	Marco Aurélio	Sim	Não determinante
	Celso de Mello	Sim	Determinante
	R. Lewandowski	Não	----
	Dias Toffoli*	----	----
ADC 43 e 44 MC	Marco Aurélio	Sim	Não determinante
	Edson Fachin	Sim	Determinante
	Luís Roberto Barroso	Sim	Determinante
	Teori Zavascki	Sim	Determinante
	Rosa Weber*	----	----
	Luiz Fux	----	----
	Dias Toffoli	----	----
	R. Lewandowski	Sim	Determinante
	Gilmar Mendes	Sim	Não determinante
	Celso de Mello	Sim	Não determinante
	Cármem Lúcia	----	----
	----	----	----
ADC 43, 44 e 54	Marco Aurélio	Sim	Não determinante
	Alexandre de Moraes	Sim	Em parte
	Edson Fachin	----	----
	Luís Roberto Barroso	Sim	Determinante
	Rosa Weber	----	----
	Luiz Fux	Sim	Determinante
	R. Lewandowski	Sim	Em parte
	Cármem Lúcia	----	----
	Gilmar Mendes	Sim	Determinante
	Celso de Mello	-----	-----
	Dias Toffoli	-----	-----

* O voto não consta do acórdão

Os resultados apresentados, portanto, indicam que o argumento consequencialista não só se relaciona à *ratio decidendi* como pode compor a própria formação dessa *ratio*.

Nota-se que o argumento consequencialista, ao longo das reversões jurisprudenciais, foi *determinante* para a razão de decidir de 13 votos de 10 Ministros (em um ou mais julgamentos) que pertenceram ou pertencem ao STF: Menezes Direito, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Luiz Fux.

5.2.1. Diferença entre argumento consequencialista relacionado e não relacionado ao conteúdo da *ratio decidendi*

Para uma primeira aproximação entre argumento consequencialista e *ratio decidendi*, entendeu-se como *relacionado* o argumento consequencialista que compartilha a mesma *temática* com pelo menos uma das *rationes* que suportaram um voto.

Os resultados sugerem que o critério, quase permissivo, foi facilmente alcançado: 25 dos 28 argumentos consequencialistas mantiveram relação evidente com o conteúdo da *ratio*.

No julgamento do HC 84.078, como exemplo, o Min. Joaquim Barbosa votou pela autorização à execução antecipada, com fundamento em três *rationes* restritivas do princípio da presunção de inocência⁷⁸: (i) instâncias e recursos ordinários (que “devem ser respeitadas e levadas a sério”⁷⁹), (ii) efetividade da jurisdição penal (um “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”⁸⁰) e (iii) semelhança da execução antecipada à prisão preventiva e temporária (conclusão a que o Min. chegou após constatar que o “princípio do estado de inocência não é absoluto” em todas as prisões⁸¹).

Disse o Min. Joaquim Barbosa durante os debates do julgamento, em resposta ao Min. Cezar Peluso:

Nós **estamos criando**, Ministro Cezar Peluso, **um sistema penal de faz-de-conta**. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e

⁷⁸ A Tabela 1 traz descrição individual do conteúdo de cada *ratio decidendi*.

⁷⁹ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1142

⁸⁰ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1142

⁸¹ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1142

extraordinário, o **processo jamais chega a seu fim**. Nós sabemos muito bem disso. Basta olhar as estatísticas⁸².

O raciocínio, a despeito do tom retórico (e do Ministro não apresentar nenhuma estatística ao longo do voto) tem natureza consequencialista: valora negativamente duas consequências, para o sistema penal, de decisão que viesse a ser tomada pela vedação à execução antecipada: processos infundáveis e criação de um sistema penal de “faz-de-conta”. Registra-se, antes de passar à análise do voto, que a decisão indesejada para o Ministro, de fato, aconteceria, já que o HC 84.078 formalizou, em 2009, entendimento ampliativo do STF sobre a presunção de inocência.

Neste exemplo, o argumento consequencialista do Min. Barbosa alinhou-se em conteúdo a pelo menos duas *rationes* de seu voto: (i) instâncias e recursos ordinários e (ii) efetividade da jurisdição penal.

A manutenção do critério para determinar a *relação* entre argumento consequencialista e *ratio decidendi*, no entanto, merece ser justificada à luz de algum dos 3 argumentos consequencialistas que não tiveram reconhecida *relação* de conteúdo com nenhuma das *rationes* de um voto.

Escolheu-se um argumento consequencialista identificado em voto do Min. Lewandowski no HC 126.292, onde o Ministro votou pela vedação à execução antecipada com base em três *rationes* da *categoria ampliativa* do princípio da presunção de inocência⁸³: (i) extensão de garantias à privação de liberdade (destacando criticamente que “a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade”⁸⁴) e (ii) restrições a direitos fundamentais (na construção desta *ratio*, afirmou que “nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental”⁸⁵).

Ao longo do voto, no entanto, o Ministro introduziu um elemento novo e repentino, até então pouco trabalhado pelos Ministros:

⁸² STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1135. Grifou-se.

⁸³ Ver Tabela 1.

⁸⁴ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 99.

⁸⁵ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 97.

Então, agora, nós **vamos facilitar** a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?⁸⁶.

Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, **certamente**, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós **vamos crescer** dezenas ou centenas de milhares de novos presos⁸⁷.

O raciocínio do Ministro pode ser entendido como um argumento consequencialista extrajurídico (ainda que também se possa vê-lo também como jurídico), em tom retórico, que valora negativamente, para o sistema prisional, uma consequência de decisão que venha a autorizar a execução antecipada: aumento da população carcerária. Não há nenhuma relação evidente diante das *rationes* mencionadas. Há também outro indício de que esse argumento é *não relacionado à ratio*: sua classificação como mero “apontamento”⁸⁸ no trabalho de Vinicius Alvarenga e Veiga⁸⁹.

Ainda: se as razões do voto do Min. Lewandowski fossem organizadas graficamente para apontar sua convergência à formação de sua decisão pela vedação à execução antecipada, o argumento consequencialista se mostraria elemento da decisão, por óbvio, mas surgiria isolado, como verdadeiro *obiter dictum*, sem relacionar-se ou contribuir com a formação das *rationes*, como na representação abaixo⁹⁰, onde (R) são razões, (C) são conclusões (as *rationes* do voto descritas anteriormente) e (D) é decisão.

⁸⁶ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 98. Grifou-se.

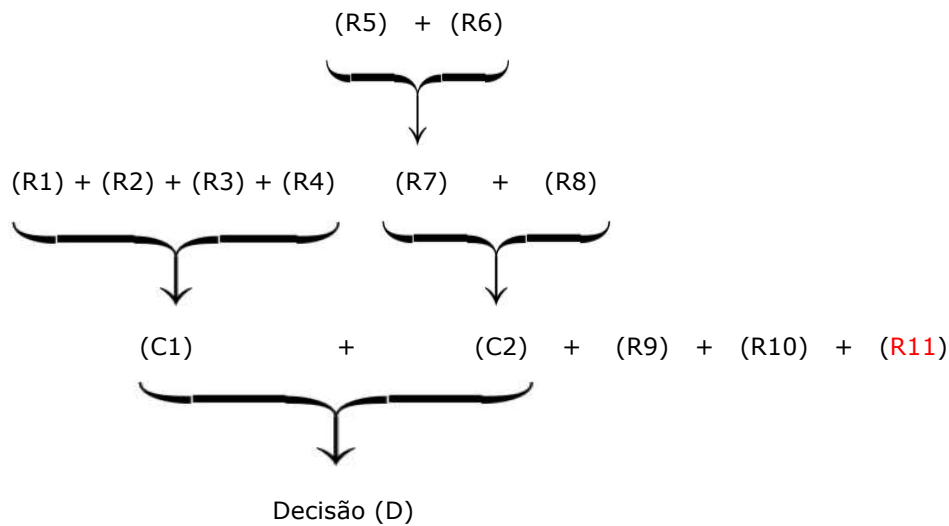
⁸⁷ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 101. Grifou-se.

⁸⁸ ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 93.

⁸⁹ A explicação de Vinicius Alvarenga e Veiga para “apontamento” reforça a escolha pelo argumento consequencialista do Ministro Lewandowski como *não relacionado à ratio*: “classifiquei esses argumentos subsidiários como “APONTAMENTOS”, exceto quando eles forem integrantes diretos de uma classe argumentativa implícito (sic), mas apreensível no voto” ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. *Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88* (Monografia). São Paulo: SBDP, 2016, p. 17. (Grifou-se).

⁹⁰ A representação foi adaptada de modelo de Alec Fisher. Ver Capítulo “Metodologia”.

Figura 4.



Onde:

(R1) A redação do dispositivo do art. 5, LVII, CF/88 é taxativa

(R2) Doutrina antiga sustentava que *in claris cessat interpretatio*

(R3) Argumento prático não pode ultrapassar presunção de inocência

(R4) RE e Resp obstam eficácia do título condenatório

(R5) Código Civil Napoleônico influenciou CC/1916 brasileiro

(R6) Ordenamento brasileiro defende mais propriedade que liberdade

(R7) No Direito Civil há restituição do bem se há reversão de sentença

(R8) No Direito Penal não é possível restituir a liberdade perdida

(R9) Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo

(R10) Brasil tem 600 mil presos, 40% deles em prisão provisória

(R11) Autorizar execução antecipada **umentará** população carcerária

(C1) *Ratio decidendi* 1: restrições a direitos fundamentais

(C2) *Ratio decidendi* 2: extensão de garantias à privação de liberdade

(D) Decisão pela vedação à execução antecipada da pena

5.2.2. Diferença entre argumento consequencialista determinante e não determinante à formação da *ratio decidendi*

De um total de 25 argumentos *relacionados* à *ratio decidendi* de um voto, foram identificados 13 argumentos *determinantes* para a formação dessa *ratio*, 5 em *parte determinantes* e 7 não *determinantes*, como se observou na Tabela 2. Três exemplos a seguir ilustrarão a peculiaridade de cada um dos três tipos de argumento.

Começa-se pela argumentação consequencialista que *não* foi determinante para a formação da *ratio*: trata-se de uma categoria onde importa menos o argumento consequencialista individualizado, em geral de natureza retórica, e mais sua conexão com a íntegra do voto. Disse o Min. Marco Aurélio no julgamento da HC 126.292:

[...] hoje [17.02.2016], no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. [...] O passo, Presidente, é demasiadamente largo e **levará** – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um **acréscimo considerável** de impetrações, de habeas corpus [...] ⁹¹.

O exemplo de argumento consequencialista acima, embora *relacionado* ao conteúdo da razão de decidir do Min. Marco Aurélio⁹², é argumento consequencialista de menção episódica, que não determinou o restante do voto, possui tom retórico e não se estende em desenvolvimento analítico, que apresente alguma evidência empírica a suportar a prognose. Seu papel na formação da *ratio*, portanto, foi considerado *não determinante*⁹³.

⁹¹ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 78. Grifou-se.

⁹² Como se extrai da Tabela 2, o Min. Marco Aurélio fundamentou seu voto base na seguinte *ratio decidendi* da classe ampliativa: “restrições a direitos fundamentais”: garantia fundamental não pode ser reduzida e punitivismo ofende o art. 5º, LVII, CF/88.

⁹³ Como se vê na Tabela Extra (p. 68), análise argumentação do voto em questão ensejou seguintes respostas às quatro perguntas orientadoras: (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*? Não. (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim (porque há outro argumento de feição consequencialista no mesmo voto). (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não. (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não. Logo, maioria de “não”.

Como argumento consequencialista *relacionado à ratio decidendi* considerado apenas *em parte determinante* para a formação de sua *ratio*, passa-se ao exemplo de voto do Min. Teori Zavascki no HC 126.292, em voto pela autorização à execução antecipada da pena⁹⁴.

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem **permitido e incentivado**, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória⁹⁵.

O raciocínio do Ministro pode ser entendido como um argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, uma consequência de jurisprudência que vigorou entre 2009 e 2016 (pela vedação à execução antecipada): *permissão* e *incentivo* à interposição de recursos protelatórios, o que ofenderia a efetividade de jurisdição penal. Embora o Ministro apresente à frente um exemplo concreto de protelação que alcançou a prescrição no STJ⁹⁶, não há em seu voto prognose específica em relação a efeitos futuros de uma hipotética manutenção da vedação à execução antecipada.

Nota-se que a consequência valorada pelo Min. Teori Zavascki (*permissão* e *incentivo* à interposição de recursos protelatórios) sugere uma probabilidade *lógica*, que não se confunde com uma probabilidade *concreta* sobre a ação estratégica de réu. Se isso eximiu o Ministro de apresentar evidência empírica sobre o aumento de recursos protelatórios como consequência da vedação à execução antecipada, não o desestimulou, no mesmo voto, a apresentar outros números:

⁹⁴ Como se extrai da Tabela 2, o Min. Teori Zavascki apresentou as seguintes *rationes* da classe restritiva: Instâncias e recursos ordinários (Resp e RE cuidam de questão de Direito, não de prova, logo não têm efeito suspensivo) e Efetividade e respeito à jurisdição penal (Efetividade penal é um princípio. Recurso protelatório promove impunidade.).

⁹⁵ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 16-17. Grifou-se.

⁹⁶ Não há detalhe, no entanto, sobre o número de recursos ou sobre o tempo de duração total do processo. STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 17-18.

[...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, **foram providos menos de 4% dos casos**⁹⁷.

No trecho e ao longo de seu voto, o Min. Teori Zavaski não chega em nenhum momento a valorar explicitamente a baixa probabilidade de reforma após decisão de segundo grau como uma consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, embora a construção de seu raciocínio sugira que tal consequência (a baixa probabilidade de reforma) seja ao menos *aceitável* diante da inevitabilidade de uma decisão equivocada no juízo condenatório da instância ordinária.

Entendeu-se que a argumentação consequencialista registrada no voto do Min. Teori Zavascki no HC 126.292, analisada frente à íntegra do voto, serviu-lhe apenas de apoio pontual⁹⁸. Restou na posição intermediária de argumento *em parte determinante* para a formação das *rationes* do Ministros, sem caracterizar o argumento consequencialista de expressão mais notória, contundente e expressiva que se verá nos exemplos a seguir.

No HC 84.078, onde uma votação de 7 a 4 reverteria o entendimento restritivo da Corte de 1991 no HC 68.726⁹⁹, a Min. Ellen Gracie aliou-se à linha vencida, pela autorização à execução antecipada da pena, com a seguinte argumentação:

Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, **resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem**

⁹⁷ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 16. Grifou-se.

⁹⁸ Na Tabela Extra (p. 68), assim foram respondidas as quatro perguntas orientadoras: (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*? Sim. (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não. (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim. (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não. Houve empate entre respostas "sim" e "não".

⁹⁹ Ver Tabela 2.

ante a prática criminosa e a **corrosiva sensação de impunidade** de que nossa sociedade tanto se ressentem¹⁰⁰.

As consequências projetadas e negativamente valoradas pela Ministra no exemplo acima saltam aos olhos em gravidade: “total inanidade da persecução criminal”, “desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal”, “absoluto desamparo da cidadania de bem” e, por fim “corrosiva sensação de impunidade”. Trata-se de um argumento consequencialista de natureza jurídica e também extrajurídica, que valorou negativamente não apenas consequências, em cadeia, de uma decisão do STF que viesse a entender (como viria) pela inviabilidade da execução antecipada.

A dúplici natureza do argumento da Ministra Ellen Gracie sugere que as consequências indesejadas se deram tanto para a efetividade penal (no aspecto jurídico) como para os desejos morais da sociedade (no aspecto extrajurídico). É exemplo incontestado de argumento consequencialista que pode ser classificado como *consequencialismo judicial de primeira ordem no âmbito da aplicação*, verificado quando o decisor recorre ao argumento consequencialista não para definir o sentido de uma norma, mas para *afastar ou ampliar* seu âmbito de aplicação diante de um caso concreto.

Outra passagem do voto da Ministra Ellen Gracie sugere o emprego, como método decisório, do consequencialismo judicial de primeira ordem no âmbito da aplicação:

Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026: “Há países onde se pode conviver, **sem consequências desastrosas**, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com **rapidez**, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva¹⁰¹.”

¹⁰⁰ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p.1171. Grifou-se.

¹⁰¹ STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p.1172. Grifou-se. Em itálico no original

Da citação ao raciocínio do Min. Francisco Rezek no HC 71.026 (que não integra o universo de acórdãos desta pesquisa¹⁰²), pode-se recompor uma sugestão implícita construída em negativo: no Brasil, a vedação à execução antecipada traz “consequências desastrosas” porque o trânsito em julgado não ocorre com “rapidez”. Ainda que essa constatação do Min. mostre-se correta, plausível ou demonstrável, entende-se que o *momento* do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória *não* é definido pela dispositivo que *institui* o princípio da presunção de inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), mas pela estrutura do sistema recursal.

Noutras palavras, a norma reconstruída do princípio da presunção de inocência pode ser reformulada de maneira hipotético-condicional (“para P, então Q” ou “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado”) sem que se encontre *nenhum condicionante* relacionado à “rapidez” do trânsito em julgado.

Conjugados o (i) argumento contido no raciocínio do Ministro Francisco Rezek, o (ii) argumento consequencialista da Min. Ellen Gracie e a (iii) constatação de que a Ministra fez uso da proporcionalidade para *restringir* o *âmbito de aplicação* do princípio da presunção de inocência frente ao princípio da efetividade penal, como se verifica em seu voto¹⁰³, abre-se uma possibilidade: a Ministra teria reescrito a norma do art. 5º, inciso LVII.

É dizer, de “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado” passou-se a “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado, *desde que trânsito em julgado seja rápido*”, onde a rapidez do trânsito em julgado é o

¹⁰² O HC 71.026 não contém reversão jurisprudencial porque apenas confirma o entendimento do precedente anterior, o HC 68.078, pela autorização à execução antecipada da pena.

¹⁰³ Consta no voto da Ministra Ellen Gracie: “O princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência. De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado a proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência”. STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p.1175.

condicionante necessário que impede a concretização das consequências indesejadas pela Ministra.

Como infere-se do raciocínio que o trânsito em julgado no Brasil não é rápido (a Ministra não oferece evidências empíricas), a aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência *promoveria* a série de consequências indesejadas: “total inanidade da persecução criminal”, “desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal”, “absoluto desamparo da cidadania de bem” e “corrosiva sensação de impunidade”.

Não se discute aqui, no entanto, o conteúdo e o sentido da decisão da Min. Ellen Gracie como um todo, mas a maneira como o argumento consequencialista apresenta-se e influencia a formação das *rationes*¹⁰⁴ de seu voto. A argumentação consequencialista em questão, portanto, foi considerada *determinante*¹⁰⁵.

Um último exemplo explícito e completo de argumentação consequencialista *determinante* para a formação da *ratio decidendi* de um Ministro foi identificado no HC 126.292 em voto do Min. Luís Roberto Barroso¹⁰⁶, que assim redigiu seu voto escrito:

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu **três consequências muito negativas** para o sistema de justiça criminal.

Em primeiro lugar, funcionou como um **poderoso incentivo** à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

¹⁰⁴ Ver Tabela 2. Foram as *rationes* da Min. Ellen Gracie, todas da classe restritiva: (1) Instâncias e recursos ordinários, (2) Respeito e efetividade da jurisdição penal e (3) Forma de prisão preventiva.

¹⁰⁵ O filtro de perguntas da Tabela Extra (p. 68), traz o mesmo resultado: (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*? Sim. (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim. (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim. (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não. Houve maioria de respostas “sim”.

¹⁰⁶ Ver Tabela 2. Foram as *rationes* do Min. Luís Roberto Barroso, todas da classe restritiva: (1) Instâncias e recursos ordinários, (2) Respeito e efetividade da jurisdição penal e (3) Forma de prisão preventiva.

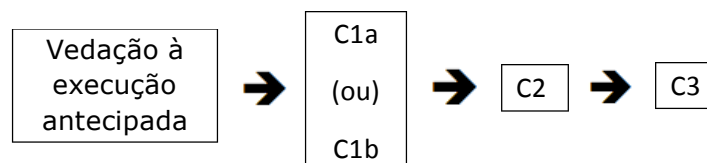
[...] **Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal.** A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena **tem conduzido** massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, **produz-se deletéria sensação de impunidade**, o que **compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral**¹⁰⁷.

O trecho, em resumo, contém um argumento consequencialista de natureza jurídico e extrajurídica, que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal e para a sociedade, uma cadeia de consequências da jurisprudência do STF (que então vigorava em 2016), pela *vedação* à execução antecipada da pena.

No exemplo, as consequências valoradas pelo Min. Barroso podem ser múltiplas e independentes em sua relação com a vedação à execução antecipada - consequências primárias, portanto -, e também secundárias e terciárias. Como se vê no “comprometimento dos objetivos da pena” (C3), que decorre da “deletéria sensação de impunidade” (C2), que decorre da “prescrição de pretensão punitiva” (C1a) *ou* do “distanciamento temporal entre delito e punição” (C1b). Como na ilustração:

Figura 5.



¹⁰⁷ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 32-34. Grifou-se.

Outro aspecto da argumentação do Ministro é temporal: sugere que algumas das consequências indesejadas *já* aconteceram. Ou seja, tiveram efeitos produzidos *no passado*, mas que se produzirão, infere-se, de maneira continuada, *no futuro* - salvo decisão do STF restabelecesse o entendimento anterior a 2008 pela *autorização* à execução antecipada (o que de fato ocorreria no HC 126.292). Seguiu o Min. Barroso:

A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para **remediar tais efeitos perversos, promovendo** (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da eletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade”.¹⁰⁸

Foram valoradas, portanto, não apenas consequências *negativas* da *vedação* à execução antecipada, como também consequências *positivas* da *autorização*. No voto, foram identificadas 14 consequências da vedação à execução antecipada, valoradas sob os aspectos negativo e positivo (incluídas as consequências dos exemplos e outras extraídas do voto¹⁰⁹). Na lista abaixo, cada consequência gera uma razão básica (R) de seguinte construção: “decisão pela vedação antecipada da pena...”

Negativas:

(R1) Incentivará infundável interposição de recursos protelatórios

(R2) Fará o Judiciário gastar tempo e recursos escassos

(R3) Reforçará a seletividade do sistema penal

(R4) Estimulará a criminalidade de colarinho branco

(R5) Agravará o descrédito sistema penal junto à sociedade

(R6) Produzirá uma massiva prescrição da pretensão punitiva

(R7) Criará enorme distanciamento temporal entre delito e punição

(R8) Promoverá deletéria sensação de impunidade

¹⁰⁸ STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 50-51. Grifou-se.

¹⁰⁹ Ver em detalhe no Apêndice 1, onde consta fichamento dos argumentos consequentialistas, com comentários.

(R9) Comprometerá os objetivos da pena

Positivas:

(R10) Diminuirá o números de presos provisórios

(R11) Garantirá o equilíbrio e a funcionalidade da justiça criminal

(R12) Reduzirá a seletividade penal

(R13) Quebrará o paradigma da impunidade

(R14) Produzirá efeito republicano e igualitário sobre sistema penal

Um esquema visual da argumentação do Min. Barroso no modelo de Alec Fisher¹¹⁰ exibiria uma profusão de argumentos consequencialistas (ao lado de argumentos de outras naturezas), com a demonstração de sua influência na formação das *rationes*. No entanto, a comprovação do papel *determinante* da argumentação do Min. Barroso pode ser imediatamente aferida pela resposta *sim* à pergunta (4) do filtro de perguntas (“Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória?”), que, como já descrito na metodologia deste trabalho, atribui papel automático *determinante* à argumentação consequencialista na formação da *ratio*¹¹¹. Assim esclareceu o Min. Barroso em seu voto:

“O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o **consequencialismo**, na medida em que o **resultado prático** de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as **melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo**”.¹¹²

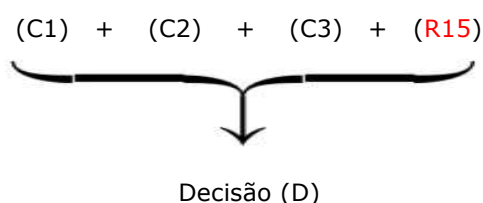
¹¹⁰ Como descrito no capítulo sobre Metodologia.

¹¹¹ Ainda que o Min. Barroso não explicitasse a adoção do consequencialismo judicial de segunda ordem, sua argumentação consequencialista seria igualmente considerada determinante para a formação das *rationes* do voto, como se vê nas outras respostas ao filtro de perguntas: (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*? Sim. (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim. (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim. Tabela Extra (p. 68).

¹¹² STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 50. Grifou-se.

Como a adoção do consequencialismo judicial de segunda ordem (“decisão sobre *como* decidir”¹¹³) também é um argumento consequencialista, pode simultaneamente influir a construção das *rationes*¹¹⁴ e o sentido da decisão, como na última etapa do esquema:

Figura 6.



Onde:

(C1) *Ratio decidendi* 1: instâncias e recursos ordinários

(C2) *Ratio decidendi* 2: respeito e efetividade da jurisdição penal

(C3) *Ratio decidendi* 3: forma de prisão preventiva

(R15) Meta-estratégia decisória

(D) Decisão pela autorização à execução antecipada

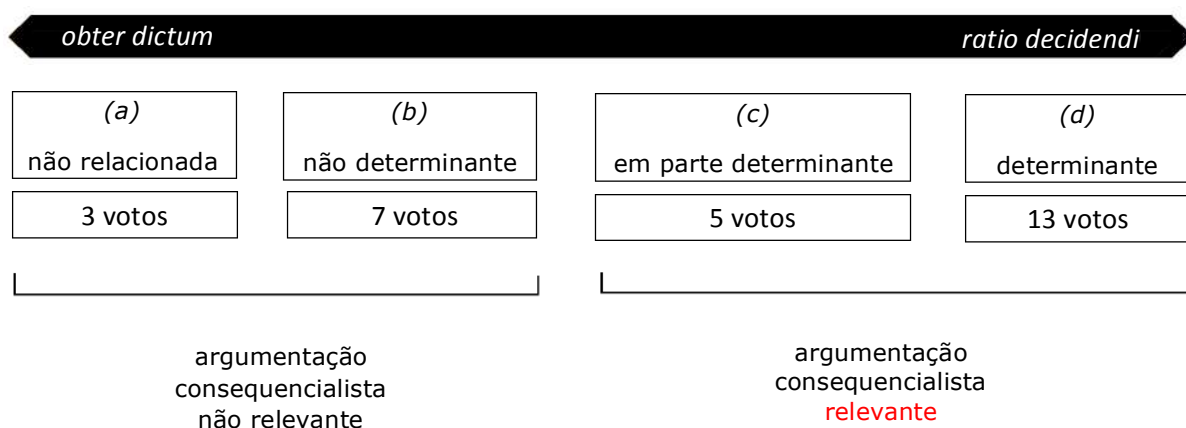
A argumentação consequencialista do Min. Barroso, portanto, foi considerada *determinante* para a formação das *rationes* de seu voto. Logo, integra também a categoria de argumentação consequencialista

¹¹³ Ver nesse sentido: ARGUELHES, Diego e LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmiento. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 196.

¹¹⁴ O consequencialismo judicial de segunda ordem define critérios (ex.: “buscar um ponto ótimo de consequências *para* um conjunto de casos, *para* o sentimento da sociedade e *para* o desafogamento do sistema recursal”) que obrigam o decisor, a partir daí, a adotar determinado modo de interpretar e aplicar os dispositivos normativos, sempre diante da consideração de consequências, o que determinará a escolha por uma outra *ratio decidendi*.

considerada *relevante*¹¹⁵ para fins da próxima etapa de análise. O esquema gráfico abaixo apresenta em números a quantidade de votos de todos os julgados com argumentação consequencialista relevante, por categoria¹¹⁶.

Figura 7.



5.3. QUAIS ESPÉCIES DE CONSEQUÊNCIAS SÃO MAIS RELEVANTES NOS ARGUMENTOS?

Nesta última etapa qualitativa do método trifásico (“identificar quais espécies de consequências foram mais valoradas pelos Ministros”), todos os argumentos individualizados contidos nas argumentações consideradas *relevantes* foram classificados¹¹⁷ sob quatro aspectos¹¹⁸ para avaliar *como*

¹¹⁵ Como visto no capítulo 4 sobre Metodologia, são consideradas relevantes para uma decisão apenas as categorias de argumentação consequencialista *determinante* e *em parte determinante* para a formação da *ratio decidendi* de um voto.

¹¹⁶ Ver em detalhe na Tabela 4 (p. 37-38).

¹¹⁷ A classificação completa e comentada encontra-se no Apêndice 4.

¹¹⁸ Em detalhe no capítulo 4 sobre metodologia. São os quatro aspectos: (i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou múltiplas), (ii) subjetivo (consequências para quem: judiciário, sociedade ou réu), (iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica) e (iv) justificativo (consequências com fundamento em que: Ordenamento Jurídico, Moral ou Economia). Não foram considerados, para esta análise, os argumentos de adoção ao consequencialismo de primeira e segunda ordem, na medida em que o primeiro é uma

os Ministros valoraram as consequências, a partir de um total de 48 argumentos individualizados¹¹⁹.

Gráfico 2. Espécies de consequências mais valoradas pelos Ministros

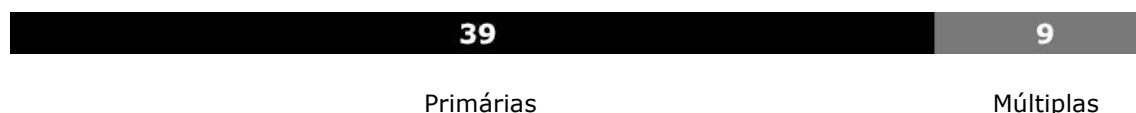
1. Os Ministros valoram mais consequências jurídicas ou extrajurídicas?



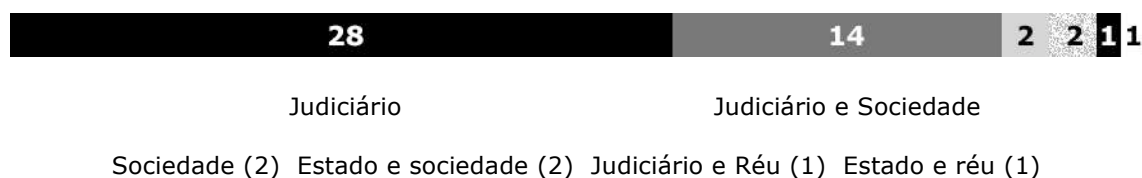
2. Os Ministros valoram mais consequências positivas ou negativas?



3. Os Ministros valoram mais consequências primárias ou múltiplas?



4. Os Ministros valoram mais consequência para quem?

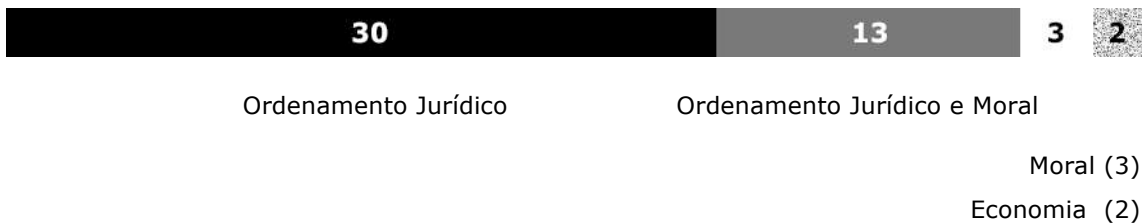


¹¹⁹ As perguntas 1, 2 e 3 referem-se ao aspecto *material*, a 4 se refere ao aspecto *subjetivo*, a 5 ao aspecto *demonstrativo* e a 6 ao aspecto *justificativo*. A pergunta 7 examina a qual ratio decidendi o argumento individualizado se vincula. Ver em mais detalhe no capítulo 4 sobre Metodologia. O fichamento completo se encontra no Apêndice 4.

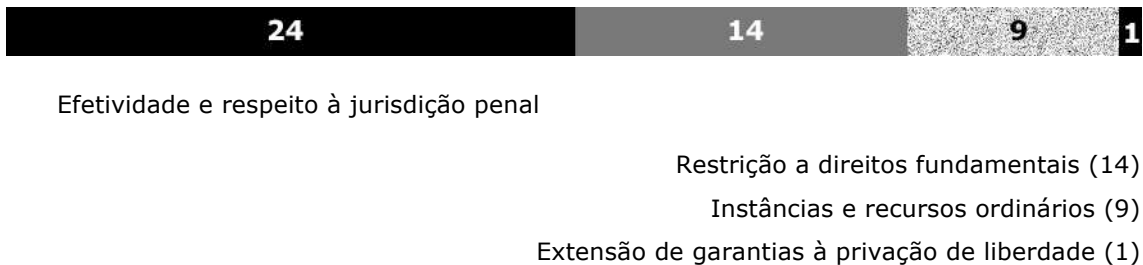
5. Os Ministros valoram mais consequências aferíveis *como*?



6. Os Ministros valoram mais consequências com fundamento em quê?



7. Os Ministros valoram mais consequências relevantes para qual *ratio*?



O argumento consequencialista individualizado mais relevante e presente, portanto, possui o seguinte perfil: *argumento que valorou uma consequência jurídica, considerada negativa, causalmente primária, com efeitos para o próprio Judiciário, de aferição lógica e não empírica, fundamentada nas regras do ordenamento jurídico, que ofendeu a efetividade e o respeito à jurisdição penal.*

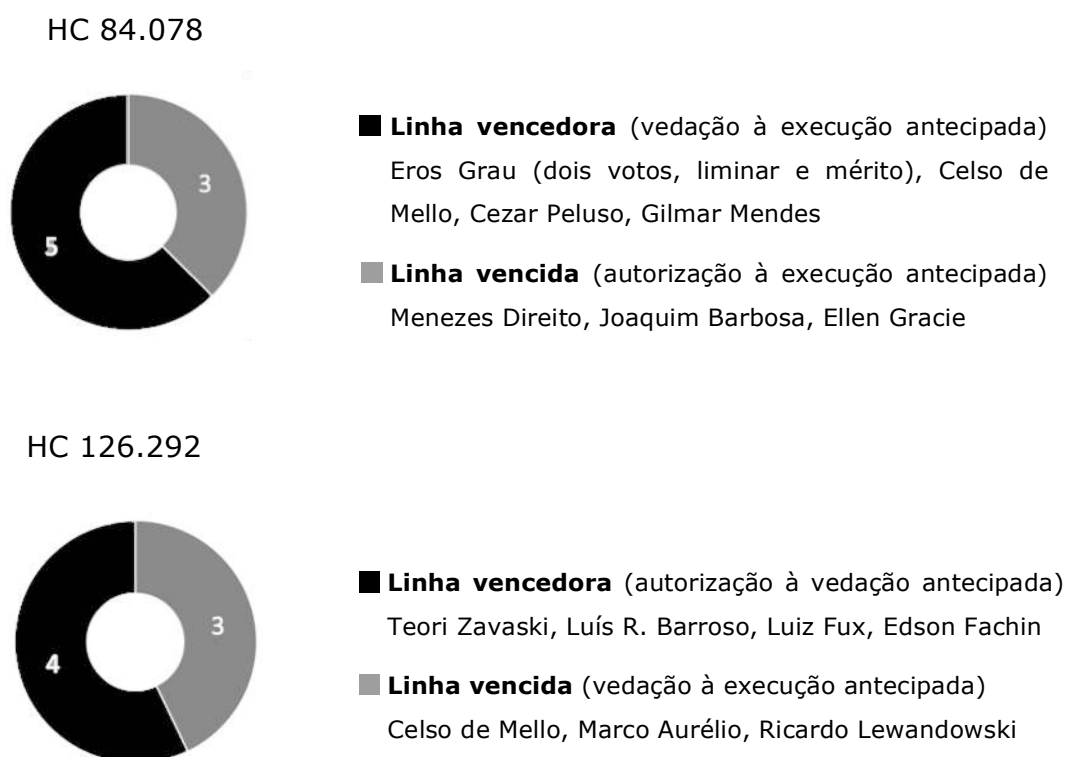
5.4. EM QUE MEDIDA O STF FAZ USO DA ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA?

Para responder à pergunta acima, o levantamento *quantitativo* da argumentação consequencialista primeiro buscou identificar sua *presença*

ao longo das reversões jurisprudenciais sobre execução antecipada, como se vê na árvore jurisprudencial¹²⁰ de espectro bipolar abaixo, que registra a quantidade de votos com argumentação consequencialista de *todo tipo* de argumentação consequencialista (não relacionada, não determinante, em parte determinante e determinante). Por fim, exibem-se resultados por linha vencedora e vencida, em cada um dos julgados, em quatro perguntas.

Gráfico 3.

Quem usou mais argumentação consequencialista *indiscriminada* por *linha*? (determinante, em parte, não determinante e não relacionada)



¹²⁰ A ideia de "árvore jurisprudencial" sugere agrupamento e organização de decisões jurisprudenciais produzidas ao longo do tempo. A identificação de uniformidades e relações sistemáticas entre as decisões oferece melhor compreensão das orientações normativas do direito judicial. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. cap. 5, Legis, 2006, p. 139-141.

ADC 43 e 44 MC



■ **Linha vencedora** (autorização à execução antecipada)

Edson Fachin, Luís R. Barroso, Teori Zavascki, Gilmar Mendes

■ **Linha vencida** (vedação à execução antecipada)

Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio

ADC 43, 44 e 54



■ **Linha vencedora** (vedação à execução antecipada)

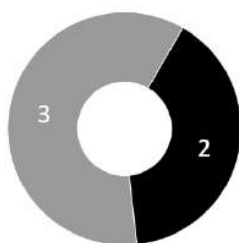
Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio

■ **Linha vencida** (autorização à execução antecipada)

Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux

Quem usou mais argumentação consequencialista *relevante* por *linha*?
(inclui apenas determinante e em parte determinante; exclui outros)

HC 84.078



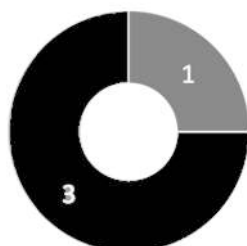
■ **Linha vencedora** (vedação à execução antecipada)

Cezar Peluso, Gilmar Mendes

■ **Linha vencida** (autorização à execução antecipada)

Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie

HC 126.292



■ **Linha vencedora** (autorização à execução antecipada)

Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux

■ **Linha vencida** (vedação à execução antecipada)

Celso de Mello

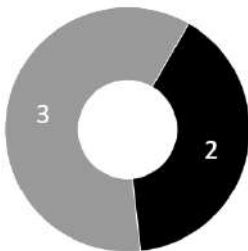
ADC 43 e 44 MC



■ **Linha vencedora** (autorização à execução antecipada)
Edson Fachin, Luís R. Barroso, Teori Zavascki

■ **Linha vencida** (vedação à execução antecipada)
Ricardo Lewandowski

ADC 43, 44 e 54

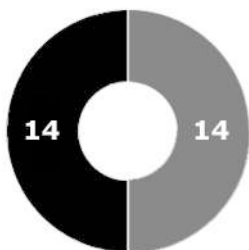


■ **Linha vencedora** (vedação à execução antecipada)
Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski

■ **Linha vencida** (autorização à execução antecipada)
Alexandre de Moraes, Luís R. Barroso, Luiz Fux

Gráfico 4.

Quem usou mais argumentação consequencialista *indiscriminada* por *sentido da jurisprudência* do STF?



■ **Sentido pela vedação à execução antecipada**
Menezes Direito, Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Eros Grau (2), Marco Aurélio, A. de Moraes, Luís Barroso, Luiz Fux, R. Lewandowski, Gilmar Mendes

■ **Sentido pela autorização à execução antecipada**
Teori Zavascki (2 votos), Edson Fachin (2 votos), Luís R. Barroso (2 votos), Luiz Fux, Marco Aurélio (2 votos), Celso de Mello (2 votos), R. Lewandowski (2 votos), Gilmar Mendes

Quem usou mais argumentação consequencialista *relevante* por *sentido da jurisprudência* pelo STF?



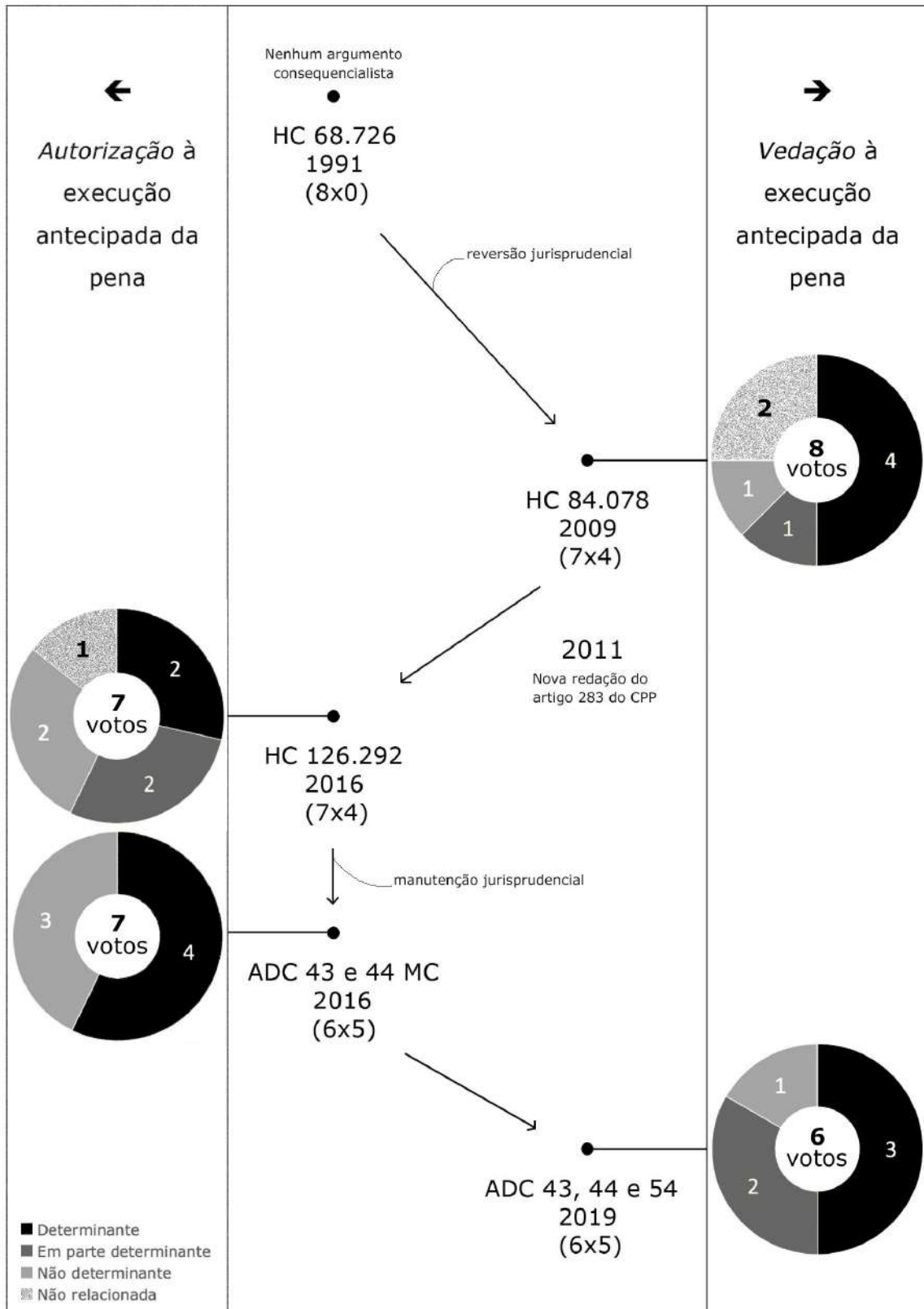
■ **Sentido pela vedação à execução antecipada**

Menezes Direito, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, A. de Moraes, Luís Barroso, Luiz Fux, R. Lewandowski, Gilmar Mendes

■ **Sentido pela autorização à execução antecipada**

Teori Zavascki (2 votos), Edson Fachin, Luís R. Barroso (2 votos), Luiz Fux, Celso de Mello, R. Lewandowski

Gráfico 5. Argumentação consequencialista de todas as categorias, em votos por acórdão, em distribuição na árvore de reversões jurisprudenciais.



5.5. CONCLUSÕES PARCIAIS FRENTE ÀS PERGUNTAS DE PESQUISA E HIPÓTESES ORIGINAIS

Neste item, as perguntas e subperguntas de pesquisa e as hipóteses originais apresentadas no capítulo 2 foram respondidas e confrontadas de maneira concisa a partir dos resultados apresentados no capítulo 4.

(i) *Como e em que medida* os Ministros do STF fazem uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais que analisaram a possibilidade de execução antecipada de pena e os limites da presunção de inocência?

Resposta: Os Ministros do STF fazem uso indiscriminado do argumento consequencialista em quatro julgados importantes onde houve reversão jurisprudencial, à exceção de um. Quando identificada num voto, a argumentação consequencialista mostrou-se quase sempre relacionada ao conteúdo da *ratio decidendi* desse voto e predominantemente determinante para sua formação. Em sua forma mais relevante e presente, esse argumento valorou uma consequência jurídica negativa para o próprio Judiciário, de aferição lógica e não empírica, que o Ministro julgou ofender a efetividade e o respeito à jurisdição penal. Foi, portanto, o argumento mais empregado pelos que votaram pela autorização à execução antecipada. Uma resposta ao elemento *em que medida* será melhor apresentado abaixo.

(ii) Há maior *relevância* e *presença* da argumentação consequencialista nos julgados identificados com reversão jurisprudencial no sentido da *autorização* ou da *vedação* à execução antecipada da pena?

Resposta: Há igual *presença* em ambos os sentidos, mas maior *relevância* e da argumentação consequencialista nas decisões pela vedação à execução antecipada, como se demonstrou na árvore jurisprudencial do gráfico 5.

(iii) Quais espécies de argumentos consequencialistas tiveram maior *relevância* e *presença* nas decisões dos Ministros das linhas pela *autorização* e *vedação* à *execução* antecipada?

Resposta: Na linha pela *autorização* à *execução* antecipada, o argumento consequencialista mais relevante e presente valorou uma consequência jurídica considerada negativa para o próprio Judiciário, de aferição lógica e não empírica, que ofendeu, para o Ministro, a efetividade e o respeito à jurisdição penal. Na linha pela *vedação* à *execução* antecipada, o argumento mais relevante e presente também valorou uma consequência jurídica considerada negativa para o Judiciário, de igual aferição lógica e não empírica, mas que teria ofendido a garantia dos direitos fundamentais.

(iv) As alterações na composição do STF, ao longo das decisões estudadas, tem relação com o uso do argumento consequencialista nas reversões jurisprudenciais?

Resposta: Nenhuma. Assim como não há sequer um padrão no uso interno do argumento consequencialista por um Ministro num voto, não há padrão nos votos de um Ministro ao longo de mais de uma decisão e, tampouco, alguma evidência de relação entre o uso de consequencialismo e composição da Corte por época ou perfil mais restritivo ou mais ampliativo da presunção de inocência, como a árvore jurisprudencial demonstrou.

Hipótese (i): As reversões jurisprudenciais no sentido da *autorização* à *execução* antecipada da pena contém maior *relevância* e *presença* do argumento consequencialista

Resultado: Hipótese refutada. Verificou-se que há igualdade na *presença*, mas maior *relevância* do consequencialismo no sentido da *vedação*.

Hipótese (ii): As reversões jurisprudenciais no sentido da *vedação* à *execução* antecipada, em contrassenso, podem conter *não menor*, mas *ainda maior* *relevância* do argumentação consequencialista na linha vencida.

Resposta: Hipótese confirmada, como se demonstrou no gráfico 3.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS DA PESQUISA

Como pesquisa empírica, este trabalho não adentrou a questão sobre a compatibilidade do consequencialismo judicial, em sua natureza de método interpretativo, com o ordenamento brasileiro, mas tratou de percorrer a *argumentação jurídica* que os Ministros do STF utilizaram ao longo de uma paradigmática e disputada jurisprudência em ziguezague, como se viu na árvore jurisprudencial reconstruída a partir de todos os acórdãos do caso.

Constatou-se, durante a pesquisa, o indiscriminado emprego da argumentação consequencialista ao longo de quase todos os acórdãos, a relevância que o argumento consequencialista possui frente a formação das razões de decidir do STF e uma abrangência no manejo de razões consequencialistas por Ministros de posições e filiações interpretativas opostas, que muitas vezes fizeram desse apelo às consequências uma ferramenta de ataque e defesa argumentativa para alcançar a concretização do entendimento que consideravam correto, numa espécie de *reação argumentativa* em momentos de reversão jurisprudencial acirrada.

Por fim, constatou-se o emprego de um consequencialismo judicial ora velado, ora involuntário, de tênue e difícil aferição para o pesquisador, praticado sob pouca observância do dever de objetividade semântica e objetividade metodológica¹²¹ exigível do decisor, na medida em que inconsistências lógicas, emprego de falácias persuasivas e adoção de teorias particularistas de interpretação não alcançam um *standard* mínimo de argumentação racional, podem violar princípios do Direito e ofendem o art. 93, inc. IX da CF/88¹²².

São temas para as próximas pesquisas sobre o uso do consequencialismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

¹²¹ DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo Judicial no Direito Tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2018, p. 28-42.

¹²² “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

7. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. O STF faz uso indiscriminado do argumento consequencialista na maioria das decisões da reversão jurisprudencial sobre execução antecipada.

2. O uso argumento consequencialista não é privilégio de nenhuma das posições pela vedação ou autorização à execução antecipada da pena.

3. Não existe um padrão de uso dessa argumentação consequencialista por um Ministro ao longo de um voto ou em mais de uma de suas decisões.

4. As alterações de composição do STF ao longo das decisões não têm nenhuma relação com maior ou menor uso do argumento consequencialista.

5. Quando presente num voto, a argumentação consequencialista é predominantemente determinante para a razão de decidir desse voto.

6. O argumento consequencialista de perfil mais comum valora uma consequência negativa jurídica que ofende a efetividade da jurisdição penal.

7. O consequencialismo é presente nos dois sentidos jurisprudenciais, mas mais relevante nas decisões pela vedação à execução antecipada da pena

9. Nos julgados onde se decidiu pela autorização à execução antecipada, em contrapartida, a linha vencedora apela sempre mais ao consequencialismo.

10. Os Ministros não possuem critério ou adotam critério discricionário para usar o consequencialismo nos casos sobre execução antecipada da pena

BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA E VEIGA, Vinicius. Princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5o, LVII, CF/88. Monografia EF 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria da Segurança Jurídica. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

FISCHER, Alec. The logic of real arguments. Cambridge: Cambridge University Pres. EUA, 2004.

GUIMARÃES, Tamiris Carvalho Veiga. Reversão de Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: um olhar sobre a sua coerência decisória. Monografia EF, 2010.

MACCORMICK, Neil. Rhethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason). Oxford, Oxford University Press, 2005.

_____. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. New York University Law Review. Vol. 58, no 2, maio, 1983.

MENDES, Conrado Hübner. Estudo dirigido: Lendo uma decisão: "obter dictum" "ratio decidendi". Racionalidade e retórica na decisão. Gulbenkian, 5a edição. Lisboa, 1983.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo; GORDILLO, Roberto. Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia. *Revista de Derecho Público*, n. 15, p. 3-47, 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. cap. 5, *Legis*, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In *RDA*, v. 248, Rio de Janeiro, 2008

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Sistema Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2010.

ANEXOS

Tabela Extra. Papel da argumentação consequencialista na formação da *ratio decidendi* de todos os votos, a partir do seguinte filtro de perguntas:

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*?
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista?
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica?
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória?

Resultado: (D) determinante, (E) em parte, (N) não determinante

Caso	Ministro	(1)	(2)	(3)	(4)	Resultado
HC 84.078	Menezes Direito	Sim	Sim	Não	Não	(E)
	Celso de Mello	Não	Não	Não	Não	(N)
	Cezar Peluso	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	Joaquim Barbosa	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	Ellen Gracie	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	Gilmar Mendes	Sim	Não	Sim	Sim	(D)
HC 126.292	Teori Zavascki	Sim	Não	Sim	Não	(E)
	Edson Fachin	Não	Não	Sim	Não	(N)
	Luís R. Barroso	Sim	Sim	Sim	Sim	(D)
	Luiz Fux	Sim	Não	Sim	Não	(E)
	Marco Aurélio	Não	Sim	Não	Não	(N)
	Celso de Mello	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
ADC 43 e 44 MC	Marco Aurélio	Não	Não	Sim	Não	(N)
	Edson Fachin	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	Luís R. Barroso	Sim	Sim	Sim	Sim	(D)
	Teori Zavascki	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	R. Lewandowski	Sim	Sim	Sim	Não	(D)
	Gilmar Mendes	Não	Não	Sim	Não	(N)
	Celso de Mello	Sim	Não	Não	Não	(N)
ADC 43, 44 E 54	Marco Aurélio	Não	Não	Não	Não	(N)
	A. de Moraes	Sim	Sim	Não	Não	(E)
	Luís Barroso	Sim	Sim	Sim	Sim	(D)
	Luiz Fux	Sim	Sim	Sim	Sim	(D)
	R. Lewandowski	Não	Sim	Sim	Não	(E)
	Gilmar Mendes	Sim	Sim	Sim	Sim	(D)

* Apenas argumentos consequencialistas *relacionados* à *ratio*

Apêndice I: Argumentos consequencialistas com apelo a consequências externas à norma, com comentários e filtro de perguntas descrito na metodologia

HC 68.726

Não há argumento consequencialista.

HC 84.078

Eros Grau (voto em liminar, posteriormente repetido no julgamento do mérito)

“É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". P. 14. **Eros considera, em termos retóricos, as consequências indesejadas da adoção da posição pela autorização à execução antecipada.**

Observação: o argumento acima foi considerado *não relacionado* às rationes do voto do Ministro, na medida em que contém grande carga retórica e invocação à Ética. Não foi, portanto, considerado para o filtro de perguntas.

Menezes Direito (voto-vista)

“A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-

se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória”. P. 54. Para o Ministro, uma consequência lógica indesejada da admissão da vedação da execução antecipada, por via interpretativa, seria chocar-se com a consequência interna da norma processual em questão (“se RE ou Resp, então não há efeito suspensivo”).

“Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”. P. 59. Argumento consequencialista extrajurídico, em tom retórico, de caráter moral – ainda que possa ser classificado como jurídico, se considerada como “impunidade” uma ofensa à efetividade jurisdicional. Não há apresentação de evidências pra sustentar a prognose.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a *ratio*? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Celso de Mello (voto e debate)

“O fato é que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências que daí resultam, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”. P. 69. Argumento consequencialista jurídico, de tom retórico, que valora negativamente as consequências - para o próprio sistema jurídico - de posturas (e, infere-se, decisões) que defendem restrição extrema da presunção de inocência.

“Além de nossas decisões em sede de *habeas corpus*”, há a registrar, ainda, os julgamentos penais, proferidos no âmbito de recursos extraordinários, favoráveis, em quase 30%, a pessoas que sofreram condenação criminal”. P. 87. **Trata-se não de argumento consequencialista em si, mas de evidência a sustentar prognose anterior feita pelo Ministro Cezar Peluso.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Ricardo Lewandowski (voto não consta do acórdão)

Cármem Lúcia (voto não consta do acórdão)

Joaquim Barbosa (voto e debate)

“Nós estamos criando, Ministro Cezar Peluso, um sistema penal de faz-de-conta. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chega a seu fim. Nós sabemos muito bem disso. Basta olhar as estatísticas”. P. 88. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, de decisão da Corte que venha a enfraquecer a efetividade penal. Há menção a estatísticas, mas não sua demonstração.**

“Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é

rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas". P. 96. **Argumento consequentialista jurídico que valora negativamente consequências de decisão que venha a ofender a efetividade penal. Evidências pra sustentar a prognose virão a seguir.**

"Fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime, em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos". P. 98. **Evidências empíricas para sustentar a prognose anterior.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequentialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequentialismo como meta-estratégia decisória? Não

Carlos Britto (voto)

Não há argumento consequentialista

Cezar Peluso (voto e debate)

"Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente!". P. 86.

Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, a possibilidade de execução antecipada de um único inocente.

“Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inconsequência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito!”. P. 118. Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, decisão a favor da execução antecipada; decisão esta em nome da efetividade do princípio da presunção de inocência.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Ellen Gracie (voto)

“[...] estamos concluindo, ao que tudo indica, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos”. P. 120. Neste trecho, entende-se que uma *decisão* do STF pela reversão jurisprudencial tem uma consequência aparentemente negativa a ser considerada: reformulará o passado, tornando equivocados os Ministros que antes estavam corretos. Não é claro, no entanto, se a assertiva é trivial (diante de uma reversão jurisprudencial) ou sugere apelo à consequência. Uma particularidade, no entanto, justifica o destaque: há consequências que alcançam não só o presente ou o futuro, mas também o passado. Gilmar Mendes oferece uma resposta nesse sentido na p. 138-139: “Eu estou absolutamente tranquilo de que nós poderemos dizer: a decisão que

se tomou no passado era correta, como é correta a decisão que hoje se está a tomar, à luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional”.

“Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inaniidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminoso e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentir”. P. 123-124. *Argumento consequencialista jurídico e também extrajurídico, que valora negativamente a consequência de decisão que entenda pela inviabilidade da execução antecipada, em ofensa à efetividade penal (no aspecto jurídico) e aos desejos morais da sociedade (no aspecto extrajurídico). Os adjetivos “total”, “absoluto” e “corrosiva” sugerem falácia dos epítetos carregados e também de falácia do espantinho, já que os defensores da vedação à execução antecipada da pena não defendem as drásticas consequências elencadas pela Ministra.*

“Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos”. P. 125. *Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente a consequência de decisão pela vedação à execução antecipada, por ofensa à efetividade penal. O juízo especulativo, no entanto, é hiperbólico e não comprovado, sugerindo uma falácia do discurso infalível.*

“Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026: “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva”. P. 125. A citação, incorporada como argumento consequencialista jurídico de primeira ordem no âmbito da aplicação, parece sugerir que se reescreva a norma por via interpretativa, acrescentando-lhe um condicionante que afaste consequências indesejadas: onde se lê “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado”, passa-se a ler “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado, desde que trânsito em julgado seja rápido”.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Marco Aurélio (voto)

Não há argumento consequencialista.

Gilmar Mendes (voto)

“Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz: [...] Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: fiat justitia, pereat res publica. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste

ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de "bem comum", especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, "racional". P. 159-160. **Mendes apropria-se do argumento de Larenz em defesa da consideração de consequências como meta-estratégia decisória – ainda que não ilimitada, sob ônus argumentativo. Trata-se de argumento consequencialista de segunda ordem. Mendes, no entanto, não explora exatamente a ideia de consequências positivas ou negativas, desejadas ou indesejadas, da autorização ou vedação da execução antecipada. Explora, sim, a possibilidade de mutação constitucional autorizar a revisão do entendimento da Corte, para sua adequação a uma "nova visão sobre direitos fundamentais e suas repercussões (p. 159)".**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Sim

HC 126.292

Teori Zavaski (voto)

“[...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”. P. 16. O Ministro apresenta evidência empírica para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada, que poderia resolver-se também pela via de HC. O Ministro não chega a valorar explicitamente essa baixa probabilidade de reforma como consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, embora a construção lógica de seu raciocínio sugira alguma possibilidade.

“E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória”. P. 16-17. *Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, consequência de jurisprudência em vigor em sua ofensa à efetividade de jurisdição penal. O Ministro cita um exemplo pontual de protelação que alcançou a prescrição (p.18), mas não apresenta outras evidências empíricas para oferecer um diagnóstico (em relação a efeitos da jurisprudência entre 2009 e 2016) ou uma prognose (em relação a efeitos futuros de hipotética manutenção da vedação à execução antecipada).*

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Edson Fachin (voto)

“Se pudéssemos dar à regra do art. 5o, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. P. 24. O Ministro faz aqui um exercício hipotético que detém a mesma estrutura de um argumento consequencialista jurídico a valorar negativamente, para o próprio sistema jurídico, uma consequência lógica da jurisprudência em vigor: condicionar execução da pena à inércia do réu, o que configuraria ofensa à efetividade da jurisdição.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Luís Roberto Barroso (voto)

“Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”. P. 32-33. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da**

execução da pena. Barroso é explícito na consideração de consequências. Nota-se ainda que as consequências indesejadas já aconteceram. Ou seja, tiveram efeitos produzidos no passado. O Ministro não esclarece – embora seja possível inferir – que tais consequências ainda se produzirão, de maneira continuada, no futuro.

“Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos”. P. 33. *Idem anterior.*

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”. P. 34. *Item anterior. Barroso elenca não apenas consequências, mas cadeias de consequências. Não há evidência empírica para todas as prognoses até este momento do voto.*

“Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “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”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei no 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a

condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”. P. 39. Embora este trecho não trate de consequências, ele demonstra que as consequências valoradas anteriormente justificarão a restrição do âmbito de aplicação da norma extraída do artigo 283 de CPP, a despeito de sua redação. Trata-se de consequencialismo judicial de primeira ordem no âmbito da aplicação.

“Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas”. P. 40-41. Argumento consequencialista jurídico que valora positivamente, para o sistema jurídico, a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada. Para registro: trata-se de um argumento contrário ao argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, a possibilidade de prisão de um único inocente.

“Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal”. P. 45. Barroso reforça aqui o já invocado argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena.

“É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em

cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito”. P. 47. Neste trecho, o Ministro valora negativamente consequências não exatamente decorrentes da autorização ou da vedação à execução antecipada da pena, mas sim do descumprimento hipotético de normas existentes que tutelam a efetividade penal e a função da pena.

“Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões”. P. 49. Argumento consequencialista jurídico de segunda ordem. Trata-se de *decisão sobre como decidir* que autoriza a adoção, como método, do consequencialismo de primeira ordem na interpretação e na aplicação. No trecho, consideram-se as consequências da *decisão*, sem mais detalhes. Também não se mencionam, nos trechos seguintes, por exemplo, as consequências da *medida* em discussão, nem se definirá o que são consequências “práticas” ou “melhores consequências possíveis”.

“[...] deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)”. P. 50. Considerações no item anterior.

“O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na

determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”. P. 50. **Considerações no item anterior.**

“Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da eletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade”. P. 50-51. **O Ministro resume aqui sua consideração de consequências valoradas positiva ou negativamente.**

“A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema”. P. 51. **O Ministro detalha no trecho algumas das consequências já valoradas.**

“[...] a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores”. P. 52. **O Ministro apresenta novas consequências valoradas.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Sim

Rosa Weber (voto)

Não há argumento consequencialista.

Luiz Fux (voto)

"[...] quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional". P. 59. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, da não mutação interpretativa sobre a presunção de inocência.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Cármem Lúcia (voto)

Não há argumento consequencialista

Gilmar Mendes (voto)

Não há argumento consequencialista

Marco Aurélio (voto)

“Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”. P. 76. O **Ministra considera, em termos apenas retóricos, uma consequência indesejada da revisão da posição pela vedação à execução antecipada; revisão esta que se prenuncia ao longo dos votos.**

“[...] hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. [...] O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus [...]” P. 78. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, uma hipotética consequência da autorização à execução antecipada. O Ministro não apresenta nenhuma evidência empírica de sua prognose.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Celso de Mello (voto)

“[...] a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de

qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse”. P. 83. *Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, de uma hipotética, porém literal, presunção de culpabilidade do réu. Nota-se que o argumento é falacioso, na medida em que nenhum dos Ministros defende, diretamente, a presunção de culpabilidade do réu. Falácia do espantalho.*

“Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”. P. 89. *O Ministro repete aqui trecho de seu voto no HC 84.078. Argumento consequencialista jurídico, de tom retórico, que valora negativamente as consequências - para o próprio sistema jurídico - de posturas (e, infere-se, decisões) que defendem restrição da presunção de inocência.*

“De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período”. P. 93-94. *O trecho, uma citação do voto do Ministro Lewandowski na ADPF 144/DF, de 2008, é usado como evidência empírica para sustentar a prognose do Ministro pela vedação à execução antecipada.*

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim

- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
(4) Há adoção do consequentialismo como meta-estratégia decisória? Não

Ricardo Lewandowski (voto)

“Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?”. P. 98. **Argumento consequentialista extrajurídico (ainda que também se possa vê-lo, no limite, como jurídico), em tom retórico, que valora negativamente, para o sistema prisional, consequência da autorização à execução antecipada: aumento da população carcerária. O Ministro não apresenta evidência empírica para a prognose. No trecho abaixo, o Ministro sugere alguns números.**

“Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos”. P. 101. **Ver consideração acima.**

Observação: o argumento consequentialista do Ministro Lewandowski não foi considerado *relacionado* ao conteúdo da *ratio decidendi* de seu voto, portanto não foi selecionado para a etapa seguinte do filtro de perguntas.

ADC 43 e 44 MC

Marco Aurélio (voto)

“O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar pleiteada na arguição de descumprimento de preceito fundamental no 347 [...] Naquela oportunidade, constatou-se o exorbitante número de cidadãos

recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, consequentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal em automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos”. P. 18. O Ministro primeiramente alerta para consequência negativa do manejo da prisão cautelar. Projeta então consequência análoga, valorada negativamente, para o contexto da execução antecipada após condenação em segundo grau sem o trânsito em julgado: aumento da população carcerária. Trata-se de argumento consequencialista extrajurídico, ainda que também se possa vê-lo, no limite, como jurídico, que valora negativamente, para o sistema prisional (e também para as garantias fundamentais), consequência representada pelo aumento da população prisional.

“Sob a óptica do perigo da demora, não há que se tergiversar em face da iminência de prisão ou efetivo recolhimento de milhares de indivíduos – e nem todos são acusados de haver cometido os denominados crimes do colarinho branco –, antes da preclusão maior da sentença condenatória”. P. 19. Reforço ao argumento anterior, em tom retórico. O Ministro não apresenta evidência empírica específica para sustentar esta prognose.

“Conforme se extrai do Relatório Estatístico do referido Tribunal, a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%. Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior. Em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são verificados no tocante ao *habeas corpus*, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016”. P. 22. Evidências empíricas para contrariar a prognose adversária.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não

- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
(4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Edson Fachin (voto)

“Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios”. P. 40. *O Ministro repete o exercício hipotético do voto no HC 126.292, que detém a mesma estrutura de um argumento consequencialista jurídico a valorar negativamente, para o próprio sistema jurídico, uma consequência lógica da jurisprudência em vigor: condicionar execução da pena à inércia do réu, o que configuraria ofensa à efetividade da jurisdição.*

“Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. [...] reflexamente estariamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”. P. 40-41. *Argumento consequencialista jurídico, em tom retórico, que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, de decisão que venha a enfraquecer a efetividade penal.*

“Por exemplo, observo, sobre dados apresentados nas iniciais, fundados em pesquisas da Fundação Getúlio Vargas – FGV, que essa mesma instituição, a respeito de previsões catastróficas sobre futura superpopulação carcerária que adviria com a aplicação do entendimento que ora agasalho, afirmou: *“As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância*

a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância". P. 41. Evidências empíricas a sustentar uma crítica à postura contrária pela vedação à execução antecipada. O Ministro, ainda que não estruture o argumento de maneira explícita, emprega no trecho uma espécie de ponderação de consequências.

"A situação carcerária, qualquer que seja o momento em que a punição deva se efetivar, há de seguir os parâmetros daquela decisão. Com a devida vênia dos que pensam o contrário, o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais". P. 47. *Critica-se aqui um argumento consequencialista usado na defesa da vedação à execução antecipada: aumento da população carcerária. O Ministro, embora não chegue a descrever exatamente como positiva a consequência do "não aumento" da população carcerária, emprega no trecho uma implícita espécie de ponderação de consequências.*

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Luís Roberto Barroso (voto)

"A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei

penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos”. P. 57-58. Na primeira parte, identifica-se um argumento consequentialista jurídico que valora negativamente, para o sistema penal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena, em ofensa à efetividade penal. Na segunda parte, identifica-se um argumento consequentialista extrajurídico que valora negativamente, para a sociedade, uma consequência da vedação à execução antecipada: sentimento de ineficácia penal.

“Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, a média de provimento de recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso diz respeito ao regime de pena e à dosimetria”. P. 60-61. Evidências empíricas a sustentar uma crítica à postura contrária pela vedação à execução antecipada.

“Em meu voto, defendi a ocorrência de uma mutação constitucional, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto”. P. 65. A alteração de sentido no enunciado de uma norma, diante de alternativas, durante a *interpretação*, realizada em nome da valoração de consequências na etapa posterior de *aplicação* (principalmente no momento da justificação externa do raciocínio), configura o que se conhece como consequentialismo judicial de primeiro grau no âmbito da interpretação. A dificuldade de identificação do

consequencialismo como método nesta etapa se dá porque a escolha de sentido (S1, S2 ou S3) de um termo raramente vem *imediatamente* acompanhada da consequência que foi valorada – esta costuma surgir, em geral, no momento da justificação externa da *aplicação* ou no momento em que o Ministro apresenta a defesa do consequencialismo como meta-estratégia decisória a validar uma preferência - construída teleologicamente, mas de “frente para trás” - por um ou outro sentido. O Ministro, nesta ADC 43 e 44 MC, não reafirma explicitamente sua adoção pelo consequencialismo de segundo grau, como fez no voto do HC 126.292.

“Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. [...] Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”. P. 66-67. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena.**

“Por fim, aponteí três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela interpretação adotada, ao demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça criminal. Primeiro, a interpretação

permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado [...] Segundo, a execução provisória da condenação penal após a decisão de segundo grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro [...] Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição". P. 69-70. O Ministro elenca, sob o nome de "fundamentos", em tom retórico, consequências valoradas positivamente em decisão pela autorização à execução antecipada: maior funcionalidade da justiça criminal, menor seletividade punitiva da justiça criminal e, por fim, quebra do paradigma da impunidade da justiça criminal.

"[...] conforme estudo publicado pelo projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, o impacto quantitativo da decisão no sistema prisional não será relevante a ponto de promover o colapso do sistema. Considerando-se os réus soltos, condenados em segunda instância a 4 ou mais anos de prisão e com recurso pendente de julgamento no STJ ou no STF, o levantamento estima que o número de réus que seriam levados a prisão antes do trânsito em julgado representaria cerca de 2% do sistema carcerário". P. 79. Evidência empírica para sustentar crítica ao argumento consequencialista - tido como *ad terrorem* - adotado pela posição contrária em nome da vedação à execução antecipada. Por fim, o Ministro exhibe evidência empírica a contradizer prognose adversária, sem necessariamente valorá-la como positiva.

Luís Roberto Barroso (antecipação ao voto)

Nota: antecipam-se aqui os mesmos argumentos do voto, em redação muito aproximada. Registram-se aqui apenas diferenças sutis consideradas relevantes.

“Porém, ao somente permitir a execução depois do trânsito em julgado, isso é um estímulo para que não se deixe transitar em julgado, o que transformou o nosso sistema de justiça e o nosso sistema recursal nesse modelo caótico, que gera constrangimento a qualquer pessoa que tenha que explicar que um determinado caso teve 25 recursos só no Superior Tribunal de Justiça”. P. 71. O Ministro antecipou aqui o argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena. O Ministro sugere, em tom *ad terrorem*, que a vedação à execução antecipada tornou caótico o sistema recursal. Seu voto escrito, embora de mesmo conteúdo, não possui afirmação nesse tom.

“Um sistema de justiça desacreditado pela sociedade aumenta a criminalidade”. P. 93. O Ministro descreve aqui uma consequência (aumento da criminalidade) da consequência (sistema de justiça desacreditado) da vedação à execução antecipada da pena.

“[...] a mudança da jurisprudência do Supremo se deu dentro de um contexto em que a decisão anterior, defensável que seja – e era, do ponto de vista técnico –, produziu uma tal quantidade de consequências negativas para a sociedade brasileira, que foi preciso revisita-la e repensá-la”. P. 93. O Ministro reforça claramente sua valoração de consequências.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Teori Zavaski (voto)

“[citação literal de argumento usado no HC 126.292] [...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado

relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos". P. 126. O Ministro reapresenta evidência empírica para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada, que poderia resolver-se também pela via de HC. O Ministro não chega a valorar explicitamente essa baixa probabilidade de reforma como consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, embora a construção lógica de seu raciocínio sugira tal possibilidade.

"[citação literal de argumento usado no HC 126.292] E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executorial". Repetição do argumento usado no HC 126.292. P. 126. Trata-se de argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, consequência de jurisprudência em vigor em sua ofensa à efetividade de jurisdição penal.

"[citação literal de argumento usado na decisão sobre embargo na HC 126.292] Reforçam essa constatação [menor eficácia do RE frente a eficácia do HC nos tribunais superiores] os números obtidos em pesquisa que determinei fosse realizada nos registros do Tribunal, relativamente ao período de 2009 até março de 2016 (período em que o Tribunal adotou a tese agora reconsiderada). Nesse período, de 22610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favos da acusação. Apenas 0,48% foi favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas

perfeitamente suscetíveis de dedução em *habeas corpus*, com muito mais eficácia e celeridade”. P. 132. Outra evidência empírica apresentada para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após juízo de segundo grau, que poderia resolver-se também pela via de HC.

“Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva”. P. 136. O Ministro sugere que o termo “trânsito em julgado” admite distintos sentidos possíveis e que o melhor deles está *condicionado* a uma interpretação que promova, como consequência, maior efetividade da jurisdição penal. Trata-se de argumento a demonstrar consequencialismo judicial de primeiro grau no âmbito da interpretação.

“Convém enfatizar, por fim, ser absolutamente desprovida de base real a afirmação de que a improcedência desta ADC e a manutenção do entendimento adotado pelo STF no HC 126.292 iria acarretar o “injusto” encarceramento de “dezenas de milhares” de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública. [...] Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançou provimento [...]”. p. 139. Outra evidência empírica apresentada para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após juízo de segundo grau, que poderia resolver-se também pela via de HC.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim

- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
(4) Há adoção do consequentialismo como meta-estratégia decisória? Não

Rosa Weber (não consta voto no acórdão, apenas esclarecimento)

Luiz Fux (voto)

Não há argumento consequentialista

Dias Toffoli (voto)

Não há argumento consequentialista.

Lewandowski (antecipação ao voto e voto)

“Um documento emitido pela então Secretária-Geral da Presidência do STJ, Senhora Karima Batista Kassab Coelho, dá conta que, no período de 1o de janeiro de 2009 até 20 de junho de 2016, no STJ, 32,13% de HC's foram deferidos; é um número extremamente impressionante. E de REsp's, 17,97% de recursos especiais, em matéria criminal, foram providos. Ou seja, quase 18%; é também um número impressionante, que não permite que prevaleça, sem mais, a decisão de segundo grau nos Tribunais brasileiros [...] Um outro documento que igualmente, a meu ver, vale como certidão, é um documento emitido pelo assessor chefe de então da Presidência do Supremo Tribunal Federal e dirigido ao Secretário Geral que dá conta que, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, de 1o de janeiro de 2009 até 20/6/2016, em matéria criminal, 9,44% dos RE's foram providos, 11,72% RHC's foram providos e 9,71% de HC's foram deferidos, ou seja, as ordens foram concedidas, quase 10%”. P. 179. **Evidências empíricas a sustentar probabilidade razoável de reforma da condenação após juízo de segundo grau.**

“Salta aos olhos que em tal sistema o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias”. P. 185. **Importante:** o argumento consequencialista do “aumento da população carcerária” foi empregado pelo Ministro no HC 126.292 de maneira repentina, desconectado de suas *rationes*, e por isso não foi considerado apto a participar da formação dessas *rationes*. Aqui, no entanto, o argumento ressurge em mais detalhes (como se vê ao longo deste fichamento) e foi *conectado* às *rationes* do Ministro. A difícil classificação do argumento sugere que ele posiciona-se no limite entre argumento não relacionado ao conteúdo da *ratio* e argumento não determinante para a formação da *ratio*. Sobre este argumento, portanto: o Ministro considera a multiplicação exponencial de erros judiciais como uma consequência jurídica negativa, para o sistema jurídico, do aumento da população carcerária de presos provisórios (aumento que em si já seria, infere-se, uma consequência negativa da autorização à execução antecipada). Tem-se, portanto, uma cadeia de consequências negativas. O Ministro não apresenta evidência empírica neste trecho do voto. Se considerado erro judicial o entendimento reformado dos juízos de primeira e segunda instância, podem-se considerar evidências empíricas os números citados na antecipação ao voto e no próprio voto, como se verá abaixo.

“Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea”. P. 193. **Argumento consequencialista jurídico** que valora negativamente, para o sistema jurídico, uma consequência da jurisprudência pela autorização à execução antecipada: aumento da decretação de prisão, sem fundamentação idônea, pelo juízo de segundo grau. O Ministro não apresenta evidência empírica

específica sobre erro judicial por ausência de fundamentação. A correlação entre autorização à execução antecipada e erro judicial *por ausência de fundamentação idônea* não parece comprovada, sugerindo uma possível falácia de causalidade.

“A Secretaria-Geral do STJ respondeu que, no período entre 1º/1/2009 até 20/6/2016, 8.493 decisões em recursos especiais (REsp) ou recursos especiais com agravo (AREsp) foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que corresponde à 10,29%. Ou seja, é provável que, no período mencionado, mais de 8 mil pessoas seriam encarceradas injustamente após a condenação em segunda instância, pagando pelo que não deviam [...] No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de *habeas corpus*, que muitas vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravoso como o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados. Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram”. P. 198-199. *Evidências empíricas a sustentar probabilidade razoável de reforma da condenação após juízo de segundo grau.*

“Para abrigar esse montante [12 mil presos indevidamente], seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R\$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que cada preso custa ao Estado três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de 36 milhões de reais. Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio, apesar de permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de

uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a indenização à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária? Ouso responder. Em 15 de setembro de 2009, o *site* Consultor Jurídico – Conjur publicou a notícia “STJ define valor de indenizações por danos morais”, na qual noticiou que o cidadão preso erroneamente faria jus à indenização no valor de 100 mil reais. E o estupro em prédio público, crime recorrente no estado de coisas inconstitucionais que assombra o nosso sistema penitenciário, o ressarcimento é da ordem de 52 mil reais. Assim, está precificada a liberdade dos cidadãos brasileiros”. P. 199. **Argumento consequencialista extrajurídico de natureza econômica que valora negativamente, para o sistema judiciário, para o réu e para a administração pública, duas consequências da autorização à execução antecipada: custo do aumento da população carcerária e custo, para o Estado, de R\$ 100 mil pago a cidadão preso erroneamente, a título de indenização.**

“[...] nós temos hoje no Brasil a 4ª população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São 600 mil presos. Desse total, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses 240 mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos”. **Argumento consequencialista extrajurídico (ainda que também se possa vê-lo, no limite, como jurídico), em tom retórico, que valora negativamente, para o sistema prisional, consequência da autorização à execução antecipada: aumento da população carcerária.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Gilmar Mendes (voto)

“Então, Presidente, a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade”. P. 217. **Argumento consequencialista extrajurídico de natureza moral, em tom retórico, que valora negativamente, para o sistema judicial, uma consequência da vedação à execução antecipada: fazer do sistema jurisdicional um sistema de impunidade.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Celso de Mello (voto)

“Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhora Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”. P. 231. **O Ministro repete aqui trecho de seu voto no HC 84.078 e no HC 126.292. Trata-se de argumento consequencialista jurídico, de tom retórico, que valora negativamente as consequências - para o próprio sistema jurídico - de posturas (e, infere-se, decisões) que defendem restrição da presunção de inocência. É importante notar que a sutil distinção de redação entre este trecho e um outro mencionado anteriormente (“...repulsa à presunção de**

inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica *emanam*”). Aqui, trata-se de argumento consequencialista porque é valorada a consequência da *repulsa* à presunção de inocência. Lá, é mencionada a consequência da *própria norma* da presunção de inocência.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Cármem Lúcia (voto)

Não há argumento consequencialista.

ADC 43, 44 e 54

Marco Aurélio (voto)

“[citação ao próprio voto no HC 126.292] O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus [...]”. P. 34. *Ministro reapresenta, em citação, este argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, uma hipotética consequência da autorização à execução antecipada. O Ministro não apresenta nenhuma evidência empírica de sua prognose.*

“O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios [...] Constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, consequentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois,

investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos”. P. 36. O Ministro repete raciocínio do voto na MC 43 e 44. Primeiramente alerta para consequência negativa do manejo da prisão cautelar. Projeta então consequência análoga, valorada negativamente, para o contexto da execução antecipada após condenação em segundo grau sem o trânsito em julgado: aumento da população carcerária. Trata-se de argumento consequentialista extrajurídico, ainda que também se possa vê-lo, no limite, como jurídico, que valora negativamente, para o sistema prisional (e também para as garantias fundamentais), consequência representada pelo aumento da população prisional.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequentialista? Não
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequentialismo como meta-estratégia decisória? Não

Alexandre de Moraes (voto)

“Durante todos esses anos, 31 anos, as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil”. P. 56-57. O Ministro critica o argumento consequentialista, que valora negativamente, para o sistema prisional, a consequência do aumento da população carcerária. Sugere, no entanto, ainda não em argumento completo neste trecho, que a *evolução no combate à corrupção* foi consequência positiva das alterações jurisprudenciais – infere-se, pelo restante do voto do Ministro, que a autorização à execução antecipada da pena produziu tal consequência. O Ministro não oferece nenhuma evidência empírica.

“A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer *ilegalidade* no ato do Superior Tribunal de Justiça que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em quase 80% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período”. P. 57. *A título de registro: neste trecho imediatamente a seguir do anterior, os “números essenciais” não se referem à evidência empírica para validar prognose, mas ao fato de que “durante esses 31 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância”.*

“As instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais”. P. 61-62. *Argumento consequencialista jurídico, em tom retórico, que valora negativamente, para o próprio sistema processual, consequência da vedação à execução antecipada da pena: enfraquecimento das instâncias inferiores.*

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Não
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Edson Fachin (voto)

Não há argumento consequencialista

Luís Roberto Barroso (voto)

“As sustentações orais, em geral, se fundaram em três argumentos que eu gostaria de destacar aqui. O primeiro, a suposta textualidade do art. 5o, LVII, da Constituição, que não permitiria outra interpretação senão aquela que a eles parece bem. O segundo fundamento das sustentações, em geral, foi o suposto impacto da nova jurisprudência do Supremo sobre os níveis de encarceramento. E o terceiro fundamento da sustentação foi o suposto impacto sobre os réus pobres. Eu gosto de usar uma frase que já se tornou um pouco lugar-comum: as pessoas têm direito à própria opinião, mas não aos próprios fatos. Portanto, eu gostaria de problematizar e discutir essas premissas de fato, que foram lançadas da tribuna”. P. 96. *O Ministro critica o uso de possíveis argumentos consequencialistas pela vedação à execução antecipada baseados nas seguintes consequências: aumento do nível de encarceramento e impacto sobre réus pobres. Como se verá ao longo do voto, o Ministro não fará crítica ao consequencialismo como método, quando usado pela linha adversária (e por isso este trecho é registrado neste apêndice e não no apêndice destinado aos contra-argumentos anticonsequencialista). Ministro Barroso faz uso de contra-argumento consequencialistas, como se verá.*

“Já vai tempo que se superou a ideia de que a interpretação é a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos, uma mecânica subjunção de fatos às normas, sem que a realidade da vida e o intérprete façam alguma diferença”. P. 96-97. *O Ministro, em tom retórico, demonstra a importância da realidade social para o Direito. A afirmação indica a filiação do Ministro a teses pragmáticas e consequencialistas.*

“Nós não estamos aqui conversando sobre textos de significado inequívoco e que quem pense de um modo ou quem pense de outro esteja contrariando o sentido normativo. Há sentidos possíveis dessa norma, e, portanto, as pessoas fazem escolhas de acordo com a maneira como interpretam os valores constitucionais a serem realizados”. P. 98. *Aqui o Ministro cria abertura para possível escolha de sentido condicionada à*

promover ou afastar determinada consequência (consequencialismo judicial de primeiro grau no âmbito da interpretação), na medida em que sua meta-estratégia decisória defende a consideração de consequências. Não foi possível identificar, no entanto, trecho com menção explícita a essa escolha de sentidos possíveis diante de significados importantes dos termos em disputa nos casos de reversão jurisprudencial sobre execução antecipada da pena. A saber: os termos principais são “trânsito em julgado” e “culpado”, a depreender do conjunto de julgados. A ausência de identificação do Ministro escolhendo sentido de texto condicionado a consequências não afasta a constatação de que o voto do Ministro na ADC 43, 44 e 54 contém argumentação consequencialista determinante para a formação de suas *rationes*, como se verá nos registros abaixo.

“[...] ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil [...] a mudança da jurisprudência com a consequente possibilidade de encarceramento depois do segundo grau diminuiu o índice de encarceramento”. P. 98. *Argumento consequencialista extrajurídico, ainda que também possua dimensão jurídica, que valora positivamente, para o sistema prisional, uma consequência da autorização à execução antecipada da pena: queda no encarceramento.*

“Eu pedi, no Departamento Penitenciário Nacional, a evolução do número de presos definitivos e provisórios para chegar à seguinte e surpreendente conclusão: em 2010, primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em segundo grau - a jurisprudência mudou em 2009 -, havia 496 mil presos no sistema penitenciário; 4,79 % a mais do que em 2009. Portanto, a jurisprudência muda em 2009; em 2010, o índice de encarceramento aumenta 4,79%. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, um aumento de 3,68%. Em 2012, 549.800 presos, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200 presos, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600 presos, 12,27% a mais do que no ano anterior. E, em 2016, 722.923 presos, 3,48% a mais do que no ano

anterior. Pois bem, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo muda a jurisprudência e passa a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017 - mudamos em 2016 -, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. Opa, um aumento 0,47%, o menor da série histórica iniciada em 2009! Aí, vamos ver o aumento no ano seguinte, pelos números do Departamento Penitenciário: 2018, 744.216 presos, um aumento de 2,45% - o segundo menor desde 2009. Portanto, nos dois anos que se seguiram à mudança de jurisprudência do Supremo, o índice do encarceramento, o índice de crescimento do encarceramento diminuiu aos menores percentuais da série histórica de 10 anos. Note-se, bem, entre 2009 e 2016, período em que vigorou a proibição da execução após o segundo grau, a média de aumento anual de encarceramento foi de 6,25% e, após 2016, quando volta a possibilidade de execução após o segundo grau, a média foi de 1,46%, menos de um terço". P. 99. O Ministro apresenta evidências empíricas para demonstrar i) queda no encarceramento e sugerir ii) sua relação com a mudança jurisprudencial. A relação de causalidade expressada em ii, ao menos neste trecho do voto, não é clara, como o próprio Ministro reconhece abaixo, formulando hipóteses.

"Eu não gostaria de tirar conclusões apressadas desse fato, até porque é uma série histórica ainda reduzida, mas é preciso considerar algumas possibilidades para esta redução. Uma delas: os tribunais, diante da inexorabilidade do cumprimento imediato da pena, passaram a ser mais parcimoniosos na decretação de prisão. Acho que esse é um argumento ou um fator que pode e deve ser considerado. Portanto, a mudança da jurisprudência não prejudicou os réus; favoreceu os réus. Uma segunda possibilidade: diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do Direito Penal funcionou de maneira mais eficiente". P. 99-100. Ver item acima.

"Quando é que ocorre esse tipo de mutação constitucional que gera um *overruling*, uma mudança da jurisprudência? No modo como eu penso, em

três situações. [...] Em terceiro lugar, muito importante, e foi isso que aconteceu - pelos impactos negativos produzidos por um determinado entendimento jurisprudencial". P. 106. **Aqui o Ministro condiciona a "impactos positivos" não apenas uma decisão judicial, mas a própria reversão jurisprudencial.**

"Quais foram os impactos dramaticamente negativos que a mudança da jurisprudência em 2009 trouxe para o Direito brasileiro? Primeiro, poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] Em segundo lugar, reforço à seletividade do sistema [...] Em terceiro lugar, pelo mais absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça, junto à sociedade, pela demora interminável na punição e pelas frequentes prescrições, gerando mais do que uma sensação, uma realidade de impunidade". P. 106. 107. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, três consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena: incentivo aos recursos protelatórios, seletividade penal e descrédito do sistema de justiça.**

"Vejam, Vossas Excelências, o impacto positivo, trazido pela nova jurisprudência que impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas, por réus, e de acordos de leniência, por empresas". P. 107-108. **Consequência positiva, secundária, da autorização à execução antecipada (e simultaneamente primária, do temor de punição): colaborações premiadas e acordos de leniência. Trata-se de exemplo de cadeia de consequências.**

"Essas estatísticas, que nós vimos de 2016 para cá, elas vão melhorar em termos de prisão provisória, porque os juízes prendem provisoriamente para antecipar uma justiça que eles sabem que não vai acontecer". P. 110. **Para o Ministro, a consequência positiva aferida no passado também se manterá no futuro.**

“Portanto, parte do problema das prisões provisórias, boa parte, é a ineficiência do sistema. E a ineficiência do sistema é agravada pela impossibilidade de execução da pena depois do segundo grau”. P. 110. O Ministro destaca outra consequência negativa secundária da vedação à execução antecipada: problema das prisões provisórias.

“Como eu já me manifestei diversas vezes aqui, nessa bancada, nós precisamos de um giro empírico-pragmático no Brasil. Nós temos que abdicar da retórica tonitruante e vazia e trabalhar com dados da realidade. Empírico, porque depende da experiência, e pragmático, porque é preciso ver os resultados que se produzem”. P. 116. A afirmação indica a filiação do Ministro a teses pragmáticas e consequencialistas.

“Esse é o contexto brasileiro, são os números da nossa vergonha. O que justificaria, diante deste quadro, o Supremo Tribunal Federal, revertendo o entendimento anterior que produziu resultados relevantes, adotar uma posição a qual vai dificultar o enfrentamento dessa situação dramática? Respeitando todas as posições, de que lado da História nós estamos?”. P. 120. Argumento consequencialista que valora como positivas as consequências da autorização à execução antecipada e negativas as consequências da vedação à execução antecipada. Falácia do falso dilema.

“Essa não é uma questão supérflua. As sociedades capitalistas vivem da segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados. É isso que determina o nível de investimento e o volume de negócios de um país e, conseqüentemente, seu nível de emprego e perspectivas de desenvolvimento. E a percepção do Brasil pela OCDE, que é o clube dos países ricos em que o Brasil quer entrar, não é boa. Notícias da imprensa:

O Globo - Barrar prisão após segunda instância será sinal muito ruim para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE. A notícia é dura, não vou ler.

UOL - Preocupada com a capacidade do Brasil de investigar corrupção, OCDE envia missão ao país.

Vortex - Decisões do Supremo causaram desgaste com grupo da OCDE.

Há uma percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido. E aqui, evidentemente, nem eu nem ninguém neste Tribunal é pautado por opinião seja doméstica, seja externa. Aqui cada um forma a sua própria opinião. Mas, no mundo globalizado, nenhum país pode ser uma ilha, menos ainda uma ilha de impunidade". P. 121-122. *Cadeia de consequências negativas - jurídicas, econômicas, políticas e morais - decorrentes da vedação à execução antecipada da pena: insegurança jurídica, desconfiança nas instituições, queda no nível de investimento, desemprego e subdesenvolvimento.*

(1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim

(2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim

(3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim

(4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Sim

Rosa Weber (voto)

Não há argumento consequencialista.

Luiz Fux (voto e debate)

"Sob o prisma consequencialista, propugnado pela nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, impõe-se a interpretação que protege o núcleo essencial da presunção de inocência, sem estendê-lo às raias da ineficácia do sistema penal brasileiro, já à beira da falência com todas as mazelas que um processo excessivamente demorado impõe aos acusados e à sociedade". P. 198. *O Ministro invoca o consequencialismo judicial que, para ele, teria sido introduzido no art. 20 da Nova LINDB: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".* Dessa maneira, ainda que não descreva em mais detalhes,

infere-se que o Min. adota a consideração de consequências como meta-estratégia decisória. Embora caiba discussão sobre o artigo 20 – se de fato tornou o consequencialismo, como método, autorizado pela legislação infraconstitucional, o que tornaria esta menção trivial – este trecho será considerado argumento consequencialista (a rigor, adoção de consequencialismo judicial, lato sensu)

“Como salientou o Ministro Francisco Rezek, no HC 71.026, segundo o qual “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade”. P. 198. Repete-se aqui o mesmo comentário sobre esta igual citação, no voto da Min. Ellen Gracie no HC 84.078: A citação, incorporada como argumento consequencialista jurídico de primeira ordem no âmbito da aplicação, parece sugerir que se reescreva a norma por via interpretativa, acrescentando-lhe um condicionante que afaste consequências indesejadas: onde se lê “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado”, passa-se a ler “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado, desde que trânsito em julgado seja rápido”.

“A ineficácia da condenação depois do esgotamento das instâncias ordinárias pode, ainda, produzir efeito maléfico para a administração da justiça, ao incentivar a interposição de recursos meramente procrastinatórios, com o único fim de se postergar o início da execução da condenação”. P. 198. Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente consequência da vedação à execução antecipada: incentivar recursos protelatórios.

“Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. A elevação do risco de prescrição e o retardamento da

prestação jurisdicional gera situações em que crimes gravíssimos, depois de ultrapassarem todos os obstáculos à sua descoberta, investigação, obtenção de provas de autoria e de materialidade, acabam enredados na teia de recursos que resulta na impunidade". A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos Robert Post e Reva Siegel (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos". P. 236. **Argumento consequencialista extrajurídico que valora negativamente, para a sociedade, consequência da vedação à execução antecipada: sentimento de impunidade.**

"A ampliação do espectro de alcance da presunção de inocência, operada pela jurisprudência desta Corte, significou verdadeira interpretação extensiva, possibilitando a manipulação do instrumental jurídico em proveito da impunidade, sem vínculo direto e estrito com a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral no curso do processo". P. 237. **Idem anterior.**

"A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional. P. 240. **Quanto à normatividade jurídica, entende-se como consequência trivial. Quanto à prestação jurisdicional, argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para a sociedade, consequência da vedação à execução antecipada: prejuízo à prestação jurisdicional. O Min. detalha abaixo.**

"Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as

instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade”. P. 240. **O Min. acrescenta uma consequência: gasto de tempo da autoridade judiciária.**

“Então, Senhor Presidente, concluindo, eu assento que uma viragem jurisprudencial a essa altura, mercê de considerá-la, com a devida vênia, inoportuna e antijurídica - por isso eu acho que não se pode falar em segurança jurídica; qual é a juridicidade, a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica -, entendo que essa viragem jurisprudencial trará danos incomensuráveis ao País e à sociedade brasileira”. P. 246. **Argumento consequencialista extrajurídico que valora negativamente, para o Estado brasileiro e para a sociedade, consequência da vedação à execução antecipada: danos incomensuráveis.**

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Sim

Ricardo Lewandowski (antecipação de voto e voto)

“Eu, de ontem para hoje, inclusive, pedi ao Conselho Nacional de Justiça, superiormente presidido por Vossa Excelência, alguns dados sobre as audiências de custódia e recebi esses dados hoje de manhã. Verifiquei que, de 2015 a 2019, foram realizadas 550.238 audiências de custódia, com resultado, parece-me, extremamente auspicioso e significativo, porquanto 39,9% dos presos em flagrante foram libertados, mediante condições - portanto, quase 40% -, resultando em um total de 219.673 presos ou possíveis presos”. P. 248. **Min. apresenta evidências empíricas no início de sua antecipação de voto. Ainda não há argumento desenvolvido no momento.**

“Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias”. P.251. **Ministro repete trecho do HC 126.292. Importante: o argumento consequencialista do “aumento da população carcerária” foi empregado pelo Ministro no HC 126.292 de maneira repentina, desconectado de suas rationes, e por isso não foi considerado apto a participar da formação dessas rationes. Aqui, no entanto, o argumento ressurge em mais detalhes (como se vê ao longo deste fichamento) e foi *conectado* às *rationes* do Ministro. Sobre este argumento, portanto: o Ministro considera a multiplicação exponencial de erros judiciais como uma consequência jurídica negativa, para o sistema jurídico, do aumento da população carcerária de presos provisórios (aumento que em si já seria, *infe-re-se*, uma consequência negativa da autorização à execução antecipada). A difícil classificação do argumento sugere que ele posiciona-se no limite entre argumento não relacionado ao conteúdo da *ratio* e argumento não determinante para a formação da *ratio*.**

“Lamentavelmente, a partir desse entendimento precário e efêmero do STF, um grande número de prisões passou a ser decretado, após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, com simples remissão a súmulas ou julgados, em franca violação ao que dispõe o art. 5º, LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. P. 253. **Ministro repete o argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, uma consequência da jurisprudência pela autorização à execução antecipada: aumento da decretação de prisão, sem fundamentação idônea, pelo juízo de segundo grau. O Ministro não apresenta evidência empírica**

específica sobre erro judicial por ausência de fundamentação. A correlação entre autorização à execução antecipada e erro judicial *por ausência de fundamentação idônea* não parece comprovada, sugerindo uma possível falácia de causalidade.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Não
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Não

Gilmar Mendes (voto)

“Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal”. P. 293. O Ministro expressa aqui que considerou a consequência, para ele agora negativas, da autorização à execução antecipada (criar arbitrariedades por todo sistema penal), mudando a orientação de seu voto na ADC 43 e 44 MC. Essa constatação, que sugere a adoção da consideração de consequências como método decisório, abre a possibilidade para o Min. igualmente valorar positivamente alguma consequência da vedação à execução antecipada.

“A discussão travada nesta ADC quanto à necessidade de aguardo do trânsito em julgado para início da execução do título condenatório deve ser racionalizada a partir de uma ótica de aperfeiçoamento da gestão da política criminal brasileira. A decisão deste STF sobre a matéria deve ter em conta não apenas o impacto sobre a esfera individual dos apenados, mas, de um modo geral, as repercussões desse decisum na construção de uma policy criminal voltada à compatibilização da eficácia normativa do texto constitucional”. P. 304. O Min. explicita sob que critérios se dará sua

consideração de consequências para decidir. Trata-se de consequencialismo judicial de segunda ordem.

“Uma primeira heurística trazida nesse julgamento é a ideia de que a decisão do STF de 2009 teria, na realidade, gerado um aumento do encarceramento entre aquele ano e 2016. Por outro lado, no período de 2016 até 2019, o crescimento da população carcerária teria sido menor. Há uma enorme dificuldade em avançar nesse raciocínio principalmente porque ele irresponsavelmente presume que as decisões do STF sobre a matéria são os únicos fatores relevantes para explicar as flutuações no número de presos. [...] Tal variável não é isolada de todas aquelas outras que contribuem para o número do aumento de presos. A diminuição das taxas de crescimento do sistema carcerário a partir de 2016 pode ser explicada por diversas outras razões”. P. 312. O Min. faz aqui um crítica à valoração de consequência (aumento da população prisional) feita pelos defensores da autorização à execução antecipada. Questiona-se o suposto nexo de causalidade entre a decisão de 2009 e as consequências alegadas do aumento prisional. O Min., no entanto, não chega a valorar explicitamente como positivas a não concretização da consequência alegada ou, no limite, que poderia ter ocorrido justamente o contrário: aumento de população carcerária causado pela autorização à execução antecipada. Não é possível saber com exatidão, mas a questão é relevante: o Min. é explícito em dizer que decisão do STF no caso deve levar em consideração política criminal, o que faz de qualquer discussão sobre os números do sistema carcerário trecho sensível, no que se refere a consideração de consequências.

“Sobre o instituto da medida de proteção de direitos constitucionais cautelar (*einstweiligen Rechtsschutzes [Anordnung]*), existem diversos julgados do *Bundesverfassungsgericht* no sentido que deve haver um juízo de equilíbrio e ponderação entre a gravidade das consequências se a cautelar não for concedida, mas a reclamação for julgada, ao fim, procedente e se, ao contrário, a cautelar for concedida, mas a reclamação, ao final, for julgada improcedente. Trata-se, de fato, de uma análise sobre as consequências

para o sentenciado e para a sociedade da execução da pena antes do julgamento da reclamação constitucional". P. 333. Ao longo de seu voto, o Min. chega a descrever sugestões legislativas. No trecho, descreve exemplo do Direito Alemão relacionado ao trânsito em julgado, que trata de ponderação de consequências. Para os fins deste trabalho, e nos termos dos comentários anteriores, o argumento é ilustrativo da abertura à consequências empreendida pelo Ministro.

- (1) A argumentação seria subtraída com algum prejuízo para a ratio? Sim
- (2) A argumentação contém mais de um argumento consequencialista? Sim
- (3) A argumentação possui estrutura mais analítica do que retórica? Sim
- (4) Há adoção do consequencialismo como meta-estratégia decisória? Sim

Celso de Mello (voto)

"É por isso que se justifica a asserção, Senhor Presidente, de que a repulsa à presunção de inocência, por mergulhar suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária!". P. 384. Mero registro: o Ministro repete aqui trecho bem semelhante ao de seu voto no HC 84.078, no HC 126.292 e na ADC 43 e 44 MC. Desta vez, não há nenhuma menção a "consequências".

Apêndice 2: Argumentos com apelo a consequências internas às normas, com comentários

HC 68.726

Não há argumento com apelo a consequências *internas* às normas

HC 84.078

Eros Grau (voto em liminar, posteriormente repetido no julgamento do mérito)

“Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso - diz o argumento - porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele *consegue* evitar a execução. Situações como estas consubstanciarão um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso - eis o fecho de ouro do argumento - porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora - digo eu agora - a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete”. P. 17-18. **Eros critica o argumento consequencialista que valora negativamente uma consequência trivial do direito de recorrer: possibilidade de recorrer,**

que não se confunde *necessariamente* com intenção de retardar a ação para obter prescrição.

Menezes Direito (voto-vista)

“De fato, após o devido processo nas instâncias ordinárias, presente a circunstância de que os recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, a execução provisória é consequência possível, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o habeas corpus. Entendo que negar-se essa consequência ao julgado final das instâncias ordinárias, considerando as próprias limitação dos apelos extremos e a natureza expressa de efeito apenas devolutivo, transforma a Suprema Corte em nova instância regular, não excepcional, o que, pelo menos na minha compreensão, não tem guarida no sistema constitucional brasileiro”. P. 59. *A execução antecipada da pena seria, ela própria, uma dupla consequência possível: da norma que prevê a pena (“se cometer um crime, será condenado”) e da sentença penal condenatória (“se condenado, então cumprirá pena”). Trata-se aqui de uma invocação trivial, mas em negativo, de consequências internas materiais e processuais.*

Celso de Mello (voto e debate)

“É por isso, Senhor Presidente, que a mera afirmação - desacompanhada de indicação de fatos concretos - de que o indiciado/réu, em liberdade, poderia frustrar, ilicitamente, a regular produção probatória revela-se insuficiente para fundamentar qualquer decreto de prisão cautelar”. P. 64. *Trata-se de crítica à consideração de juízo especulativo baseado na gravidade em abstrato do crime cometido, frente à consequência interna da norma (“se oferece risco empiricamente comprovado à produção probatória, então cabe prisão cautelar”).*

“A mera existência de procedimentos estatais em curso (como inquéritos policiais, processos penais, arguições de inelegibilidade ou ações civis por improbidade administrativa) não pode gerar consequências incompatíveis com a presunção de inocência”. P. 74. **Argumento consequencialista trivial. Refere-se a consequências internas das próprias normas relacionadas à concretude da presunção de inocência.**

Carlos Britto (voto)

“O Ministro Cezar Peluso vem colocando, de longa data, ênfase nesse aspecto da gravidade ímpar da prisão corporal do indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do dano daí resultante; da gravidade e da irreparabilidade desse dano. Porque, de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso [o Ministro então enumera os efeitos: abalo psíquico, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social] [...] E tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção. Então a ênfase constitucional posta na defesa da liberdade é plenamente explicável”. P. 106. **A descrição de consequências externas do consequente da norma (“se P, então Q”, onde “Q” é a prisão e as consequências dessa prisão são os efeitos descritos) não indica necessariamente apelo a consequências por parte do julgador. Neste caso, parece mais descrever o que foi considerado pelo legislador constitucional, porque embora as consequências assumam alguma forma de premissa, falta à estrutura desse argumento uma conclusão do ponto de vista do julgador.**

Cezar Peluso (voto e debate)

“A Corte não admitiu que fosse imposto a um réu, por conta da pendência do processo penal, por crime de caráter funcional, uma consequência gravosa de ordem material, precisamente de ordem

pecuniária”. P. 80. **Menção a consequência interna da norma para mero efeito de analogia.**

“Noutras palavras, poderemos dar à garantia constitucional do mais amplo espectro uma eficácia prática reduzida, que, na prática, servirá, um pouco mais ou um pouco menos, para remediar situações menos importantes, como essa de descontos de vencimentos, ou coisas ainda mais inferiores do ponto de vista das consequências para o homem normal na sua vida rotineira”. P. 84. **Argumento em questão tem a mesma natureza do anterior.**

Joaquim Barbosa

“Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica”. P. 102. **O Ministro entende que a vedação à execução antecipada da pena atinge, como consequência, o próprio conseqüente da norma penal, sua finalidade.**

Ellen Gracie (voto)

“[...] estamos concluindo, ao que tudo indica, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos”. P. 120. **Neste trecho, entende-se que uma *decisão* do STF pela reversão jurisprudencial tem uma consequência aparentemente negativa a ser considerada: reformulará o passado, tornando equivocados os Ministros que antes estavam corretos. Não é claro, no**

entanto, se a assertiva é trivial (diante de uma reversão jurisprudencial) ou sugere apelo à consequência. Uma particularidade, no entanto, justifica o destaque: há consequências que alcançam não só o presente ou o futuro, mas também o passado. Gilmar Mendes oferece uma resposta nesse sentido na p. 138-139: “Eu estou absolutamente tranquilo de que nós poderemos dizer: a decisão que se tomou no passado era correta, como é correta a decisão que hoje se está a tomar, à luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional”.

HC 126.292

Luís Roberto Barroso (voto)

“E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.)”. P. 37. *Trata-se de menção a consequências triviais da condenação que não poderiam ser concretizar-se sem o trânsito em julgado. Não há valoração dessas consequências.*

Cármem Lúcia (voto)

“Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-

se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”. P. 61. O trecho destaca consequências internas de normas do Direito Penal. Na primeira menção - a consequências “para além do Direito” - não há valoração relevante.

Gilmar Mendes (voto)

“[...] a ideia que Sua Excelência [Ministro Peluso] desenvolveu, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí, valia tanto para as decisões de caráter penal como de civil, colocou realmente em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. [...] Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para o debate, para a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, se viu tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional que teve um trâmite bastante enfático e acentuado, eu acho que no Senado.” P. 73. O Ministro, em menção ao voto do Ministro Peluso no HC 84.078, atenta para uma consequência jurídica negativa da fixação do trânsito em julgado após decisão de segundo grau (caso isso fosse autorizado *por via de emenda*), a despeito de sua posição, neste julgamento, pela própria autorização à execução antecipada da pena - em revisão de sua posição no HC 84.078. O argumento não compõe *ratio decidendi* do voto, na medida em que oferece até resistência a tal *ratio*. À frente, novamente menciona-se voto de Peluso.

Celso de Mello (voto)

“Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional”. P. 82. *Trata-se de menção trivial à consequências internas das normas que concretizam a presunção de inocência.*

“Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade”. P. 91. *O Ministro sugere aqui uma crítica à consideração de consequências empregada pelos defensores da autorização à execução antecipada da pena. Ele também considera, neste trecho, a própria execução antecipada da pena uma *consequência* da condenação em segundo grau (infere-se), que jamais poderia ser equiparada à *consequência* de uma condenação já transitada em julgado. A primeira das críticas, endereçada aos “juízos meramente conjecturais”, tem contorno de crítica, em tom retórico, ao consequencialismo como método (por isso este trecho selecionado também integra o Apêndice 3, de contra-argumentos anticonsequencialista). A segunda crítica, endereçada a uma indevida “equiparação” de distintas naturezas de prisão *como* consequências, sugere trivialidade: qualquer execução da pena, em si, é consequente interno tanto da norma “se condenado com trânsito em julgado, então deve ser preso” como de uma hipotética norma “se condenado após*

segundo grau, então deve ser preso” – se tais normas são passíveis ou não de assim serem reconstruídas, adentra-se outra discussão.

ADC 43 e 44 MC

Luís Roberto Barroso (voto)

“Em toda sociedade democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O mais destacado deles é o que a doutrina denomina de *prevenção geral*: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como o ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade”. P. 63. *As considerações dogmáticas do Ministro merecem registro. Não comporão diretamente nenhuma *ratio decidendi* do voto, mas tratam de consequências triviais das normas penais, relacionadas à finalidade do Direito Penal e, nesse caso específico, ao princípio da efetividade penal invocado ao longo do voto. O Ministro repetiu o raciocínio em sua antecipação ao voto escrito.*

Teori Zavaski (voto)

“Essas circunstâncias [reformulação da jurisprudência no HC 126.292 e dúvida sobre vinculatividade do novo precedente nas instâncias inferiores] geram implicações naturalmente negativas para a higidez da ordem jurídica e enseja o surgimento de múltiplos impasses, estado de coisas que, pela sua relevância, enquadra-se na categoria de “controvérsia judicial e relevante”, permitindo o conhecimento das ações declaratórias de constitucionalidade”. P. 112. *O Ministro destaca consequências da mudança de jurisprudência, para o próprio sistema jurídico, que já são consideradas pela Lei 9.868/1999 em sua disposição sobre ADI e ADC. Se há controvérsia judicial relevante (uma*

consequência trivial decorrente da dúvida sobre vinculatividade de precedente), então é cabível a ADC.

Dias Toffoli (antecipação ao voto)

“Se formos à Lei de Execução Penal - estou refletindo sobre isso porque, qualquer que seja a decisão que a Corte venha a tomar, e a tendência que verifico é manter a decisão de fevereiro, nós teremos consequências a respeito -, no Título IV, da Lei de Execuções Penais, que é a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, o Título IV estabelece o seguinte: Dos Estabelecimentos Penais. Capítulo I: Disposições Gerais. Das Disposições Gerais, eu leio a cabeça do art. 84: "Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitado em julgado". P. 153. O Ministro refere-se a consequências triviais do artigo 84 da LEP.

Gilmar Mendes (voto)

“E sabemos de nossa experiência: amanhã um sujeito planta, em um processo qualquer, embargos de declaração e aquilo passa a ser tratado como rotina, a despeito de "o processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar". Daqui a pouco, sobrevém uma prescrição com todas as consequências e o quadro de impunidade”. P. 210. Menção a consequências triviais de normas que regulam a prescrição. O “quadro de impunidade” pode ser entendido como consequência negativa da prescrição. O trecho, no entanto, é retórico. Não chega a ser uma proposição completa.

Celso de Mello (voto)

“Vê-se, desse modo, Senhora Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas

raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional”. P. 224. O Ministro repete raciocínio, com redação similar, do voto no HC 126.292. Trata-se de menção trivial à consequências internas das normas que concretizam a presunção de inocência.

“Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade”. P. 234. O Ministro sugere aqui uma crítica à consideração de consequências empregada pelos defensores da autorização à execução antecipada da pena. Ele também considera, neste trecho, a própria execução antecipada da pena uma *consequência* da condenação em segundo grau (infe-re-se), que jamais poderia ser equiparada à *consequência* de uma condenação já transitada em julgado. A primeira das críticas, endereçada aos “juízos meramente conjecturais”, tem contorno de crítica, em tom retórico, ao consequentialismo como método. A segunda crítica, endereçada a uma indevida “equiparação” de distintas naturezas de prisão *como* consequências, sugere trivialidade: qualquer execução da pena, em si, é consequente interno tanto da norma “se condenado com trânsito em julgado, então deve ser preso” como de uma hipotética norma “se condenado após segundo grau, então deve ser preso” – se tais normas são passíveis ou não de assim serem reconstruídas, adentra-se outra discussão.

“[...] não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão

condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “status poenalis” do condenado”. P. 243. **Menção trivial à consequências internas de norma penal.**

ADC 43, 44 e 54

Marco Aurélio (voto)

“Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de no 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual”. P. 39. **Menção à consequência trivial. Não é, no entanto, um argumento.**

Edson Fachin (voto)

“Segundo a linha de raciocínio indicada por Tornaghi, há uma nítida diferença entre a presunção de inocência e a de não-culpabilidade: o princípio da presunção de inocência não serve para justificar, por exemplo, o ônus da prova nos casos em que se invocam as excludentes de ilicitude. Levado às últimas consequências, ao se admitir um princípio da inocência, caberia à acusação demonstrar que não houve legítima defesa ou estado de necessidade. Levado às últimas consequências, ao se admitir um princípio da inocência, caberia à acusação demonstrar que não houve legítima defesa ou estado de necessidade”. P. 75. **O Ministro aqui nega que a inversão do ônus da prova para demonstração de legítima defesa ou estado de necessidade, por parte da acusação, seja uma consequência interna**

aceitável da norma reconstruída do princípio da presunção de inocência. Faz menção, portanto, ainda que em negativo, ao alcance de uma consequência trivial. Diferente constatação haveria se, hipoteticamente, o Ministro construísse o seguinte raciocínio consequencialista: “admitir o princípio da presunção de inocência de maneira absoluta produziria uma indesejada inversão do ônus da prova, afetando o sistema recursal”.

Rosa Weber

“A jurisprudência desta Casa não conferiu ao texto ora controvertido maiores consequências, a despeito de seu teor, logo após a promulgação da Constituição vigente, conforme evidenciam precedentes formados nos anos que se seguiram à nova ordem constitucional” . P. 142. **A Ministra se refere a consequências triviais da afirmação de uma jurisprudência: efeito vinculante.**

Luiz Fux

“Vale mencionar, ainda, a manifestação do ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fontelles, lançada no HC 68.726, no sentido de que o princípio da presunção de inocência “não está direcionado a colocar o réu em ‘posição de intangibilidade’, sob pena de não se justificar a prisão provisória do infrator, também constitucionalmente assegurando à sociedade pleitear ante o Poder Judiciário - prisão preventiva -, mas há de ser entendido, muito mais adequadamente, ‘na ótica dos efeitos processuais’ para significar corretamente que ‘a circunstância de estar alguém respondendo a processo-crime jamais significará a sua culpabilidade”. P. 195-196. **O Ministro destaca passagem do ex-procurador Cláudio Fontelles em que se mencionam consequências triviais da presunção de inocência.**

Celso de Mello

“São consequências que emanam diretamente da presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, a proibição de prisões cautelares compulsórias (como já ocorreu, em nosso sistema normativo, com a prisão preventiva obrigatória) e a impossibilidade constitucional de execução provisória da condenação criminal”. P. 375.

Menção trivial.

Apêndice 3: Exemplos comentados de contra-argumentos anticonsequencialistas

HC 68.726

Não há contra-argumentos anticonsequencialistas

HC 84.078

Eros Grau (voto em liminar, posteriormente repetido no julgamento do mérito)

“A prestigiar-se o princípio constitucional [da presunção de inocência], dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos... [...] além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”. P. 17. *Critica-se aqui o uso consequencialismo como método usado na defesa da autorização à execução antecipada, em "jurisprudência defensiva".*

HC 126.292

Celso de Mello (voto)

“Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade”. P. 91. *O Ministro sugere aqui*

uma crítica à consideração de consequências empregada pelos defensores da autorização à execução antecipada da pena. Ele também considera, neste trecho, a própria execução antecipada da pena uma *consequência* da condenação em segundo grau (infere-se), que jamais poderia ser equiparada à *consequência* de uma condenação já transitada em julgado. A primeira das críticas, endereçada aos “juízos meramente conjecturais”, tem contorno de crítica, em tom retórico, ao consequencialismo como método. A segunda crítica, endereçada a uma indevida “equiparação” de distintas naturezas de prisão *como* consequências, sugere trivialidade: qualquer execução da pena, em si, é consequente interno tanto da norma “se condenado com trânsito em julgado, então deve ser preso” como de uma hipotética norma “se condenado após segundo grau, então deve ser preso” – se tais normas são passíveis ou não de assim serem reconstruídas, adentra-se outra discussão.

Ricardo Lewandowski (voto)

“Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência”. P. 97. **O Ministro critica argumentos consequencialistas usados na defesa da autorização à execução antecipada.**

ADC 43 e 44 MC

Marco Aurélio (voto)

“Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania”. P. 15. Sugere-se aqui que alguns dos argumentos metajurídicos em questão detém natureza consequencialista. A sugestão é comprovada ao longo do voto.

“Ao analisar o *habeas corpus* no 126.292, a maioria então formada destacou o baixo grau de reforma das sentenças penais condenatórias nos Tribunais Superiores como fundamento para a execução antecipada. [...] Embora argumentos metajurídicos não me seduzam para a transposição do texto constitucional, é necessário atentar para o perfil institucional do Superior Tribunal de Justiça, considerada a reviravolta do entendimento do Supremo sobre o tema”. P. 20. Aqui esclarece-se que o Ministro, de fato, entende o argumento eficientista consequencialista (onde a prognose apresenta a consequência positiva que suportará o raciocínio) como um argumento metajurídico. O Ministro, portanto, critica o argumento consequencialista jurídico que valora positivamente, para o sistema jurídico, a baixa probabilidade de reforma de condenação após decisão de juízo de segundo grau.

Teori Zavaski (voto)

“Outro fundamento invocado em abono de uma pretensa postergação dos efeitos daquele precedente é o do reconhecimento, na ADPF 347, da existência de um “estado de coisas inconstitucional” na estrutura carcerária brasileira. O argumento parece indicar, pelo menos implicitamente, que não se deveria mais aplicar pena privativa de liberdade, o que, a toda evidência, é matéria absolutamente estranha ao objeto da questão aqui em debate. Também não se pode ter como certa a indicação que também decorre implicitamente desse

argumento, que são sempre injustas – e, portanto, serão invariavelmente reformadas em grau de recurso especial ou extraordinário – as condenações impostas pelas instâncias ordinárias. Não é isso que demonstra a realidade”. P. 134. **Critica-se aqui o argumento consequencialista da tese pela vedação à execução antecipada que valora negativamente, para o sistema prisional e para o sistema jurídico, a consequência representada pelo aumento da população carcerária.**

Celso de Mello (voto)

“Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal? Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?”. P. 219. **O Ministro critica, em tom retórico e genérico, o apelo às consequências utilizado pela corrente em favor da autorização à execução antecipada.**

“Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário”. P. 222. **Idem anterior.**

“Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo

trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade”. P. 234. O Ministro sugere aqui uma crítica à consideração de consequências empregada pelos defensores da autorização à execução antecipada da pena. Ele também considera, neste trecho, a própria execução antecipada da pena uma *consequência* da condenação em segundo grau (infere-se), que jamais poderia ser equiparada à *consequência* de uma condenação já transitada em julgado. A primeira das críticas, endereçada aos “juízos meramente conjecturais”, tem contorno de crítica, em tom retórico, ao consequencialismo como método. A segunda crítica, endereçada a uma indevida “equiparação” de distintas naturezas de prisão *como* consequências, sugere trivialidade: qualquer execução da pena, em si, é consequente interno tanto da norma “se condenado com trânsito em julgado, então deve ser preso” como de uma hipotética norma “se condenado após segundo grau, então deve ser preso” – se tais normas são passíveis ou não de assim serem reconstruídas, adentra-se outra discussão.

“[citação literal de Mário Torres] *A sujeição do argüido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola, intoleravelmente, a ‘presunção de inocência’ que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa ‘presunção de culpabilidade’*”. P. 235. Mero registro: critica-se aqui a valoração não de uma consequência trivial de uma norma penal (“se culpado, então deve ser condenado”), mas da transformação dessa consequência trivial em probabilidade valorável: positiva ou negativa. As estatísticas sobre baixa ou alta probabilidade de condenação, fartamente usadas por Ministros em defesa da vedação ou autorização à execução antecipada, apelam a tal argumento numa aparente escala sistêmica.

ADC 43, 44 e 54

Marco Aurélio (voto)

“Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania. Conforme fiz ver ao analisar o *habeas* de no 126.292”. P. 33. O Ministro repete raciocínio do voto na MC 43 e 44. Sugere-se aqui que alguns dos argumentos metajurídicos, cujo uso merece crítica, detém natureza consequencialista.

Edson Fachin (voto)

“Não há sistema jurídico que sobreviva a uma presunção geral de inconstitucionalidade, ainda que para beneficiar o réu, ainda que no limitado âmbito do direito penal. Registre-se que essa constatação nada diz sobre a chamada preocupação com a efetividade da norma penal e nada tem a ver com o cognominado “pragmatismo da ordem penal”. P. 86. O Ministro recusa filiação à corrente defensora de pragmatismo penal (pragmatismo ao qual aderiu o Ministro Barroso, por exemplo). Fachin faz, portanto, crítica indireta à argumentação consequencialista (quando usada pelas teorias pragmatistas evidentemente, já que pragmatismo e consequencialismo não são um sinônimo).

Rosa Weber

“A definição do sentido de uma norma jurídica tem, por sua vez, consequências práticas, frequentemente decisivas, para a vida de todos nós, pois não envolve apenas o emissor ou o intérprete, mas também o destinatário, o jurisdicionado, coletivamente. E isso

independe dele compartilhar, individualmente, da proposta exegética alcançada pelo juiz a quem incumbe dizer o Direito, com plena eficácia vinculativa, na solução das lides materiais e processuais, no conceito do meu saudoso mestre de sempre Galeno Lacerda. Daí porque há uma razão de ordem ética pela qual à interpretação jurídica há de corresponder uma teoria que ampare uma racionalidade objetiva, ou pelo menos intersubjetiva, sendo reduzido o espaço disponível aos impulsos subjetivos do intérprete, por melhores que sejam, ou lhe pareçam, suas motivações". P. 137. **A Ministra faz uma consideração sobre as consequências das decisões. Não endossa, no entanto, o consequentialismo. Parece fazer uma pontuação crítica apenas.**

[em citação ao Justice William J. Brennan]Sem a âncora de um texto para suas decisões, os juízes teriam que se socorrer de alguma teoria de direito natural, ou de alguns supostamente partilhados padrões dos fins e limites do governo, para combater a legislação violadora. Mas um apêlo a idéias normativas que não têm qualquer fundamento na lei escrita (...) seria suspeito em sociedades como os Estados Unidos, porque representaria uma aberração profunda dos princípios majoritários. (...) Um texto, além disso, não é necessário apenas para tornar eficazes as decisões dos juízes: também ajuda a controlar seu arbítrio". P. 174. **A Ministra retoma uma crítica, infere-se, ao recurso de argumentos metajurídicos.**

"Tampouco favorece o devido equacionamento da questão pautar-se o debate em utilizações de dados com intenções alarmantes e argumentos ad terrorem. Nesse sentido, prestou relevante serviço público o Conselho Nacional de Justiça ao esclarecer que o número de eventuais beneficiados por uma declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP não ultrapassaria 4,8 mil presos, o que corresponde a apenas 2,5% do número de 190 mil anteriormente ventilado". P. 188. **A Ministra destaca uma das alardeadas consequências de conteúdo**

distorcido que circularam na véspera do julgamento das ADC 43, 44 e 54.

Ricardo Lewandowski

“Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa importante garantia dos cidadãos por ingenuamente acreditarem que assim melhor contribuirão para combater a corrupção endêmica e a criminalidade violenta que assola o país”. P. 252. *Ministro critica a valoração de consequências feita pela posição contrária.*

Cármem Lúcia

“Também não se afirme que a situação das prisões ou estado de coisas inconstitucionais do antissistema penitenciário brasileiro - declarado por este Supremo Tribunal Federal - respalda a interpretação de ser conveniente afastar-se o cumprimento da pena até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Crimes ou infrações por omissão, quanto ao respeito ao direito dos presos, não qualificam nem sustentam todo o equívoco de não se cumprir o direito penal eficiente porque o Estado também não cumpre seu dever de eficiente prestação de condições para a manutenção de um sistema carcerário respeitoso ao direito dos condenados. Tudo precisa ser visto e resolvido sem novos equívocos, em minha compreensão, repito, e com absoluto respeito às compreensões em contrário”. P. 276. *A min. critica, ainda que indiretamente e sem uma menção explícita à valoração de consequências relacionadas ao aumento da população prisional, aqueles que dessa consequência fizeram uso.*

Celso de Mello

“O Supremo Tribunal Federal possui a exata percepção dessa realidade e tem, por isso mesmo, no desempenho de suas funções, um grave compromisso na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos, bem assim motivações fundadas em um irracional punitivismo, prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental”. P. 353. **Crítica do Min. ao pragmatismo.**

“Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?”. P. 378. **Crítica do Min. ao frequente recurso às estatísticas que fundam prognoses.**

Apêndice 4: Classificação de espécies de consequências valoradas pelos Ministros na argumentação consequencialista relevante

HC 84.078

Menezes Direito

Argumento 1

“A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória”. P. 54. **Para o Ministro, uma consequência lógica indesejada da admissão da vedação da execução antecipada, por via interpretativa, seria chocar-se com a consequência interna da norma processual em questão (“se RE ou Resp, então não há efeito suspensivo”).**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária.**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 2

“Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”. P. 59. **Argumento consequencialista extrajurídico, em tom retórico, de caráter moral – ainda que possa ser classificado como jurídico, se considerada como “impunidade” uma ofensa à efetividade jurisdicional. Não há apresentação de evidências pra sustentar a prognose.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Joaquim Barbosa

Argumento 3

“Nós estamos criando, Ministro Cezar Peluso, um sistema penal de faz-de-conta. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chega a seu fim. Nós sabemos muito bem disso. Basta olhar as estatísticas”. P. 88. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, de decisão da Corte que venha a enfraquecer a efetividade penal. Há menção a estatísticas, mas não sua demonstração.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 4

“Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas”. P. 96. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente consequências de decisão que venha a ofender a efetividade penal. Há evidências empíricas pra sustentar a prognose virão a seguir.**

“Fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime, em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”. P. 98. **Evidências empíricas para sustentar a prognose anterior.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária e secundária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Cezar Peluso

Argumento 5

“Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente!”. P. 86. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, a possibilidade de execução antecipada de um único inocente.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 6

“Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inconsequência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito!”. P. 118.
Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, decisão a favor da execução antecipada; decisão esta em nome da efetividade do princípio da presunção de inocência.

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Ellen Gracie

Argumento 7

“Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inaniidade da persecução criminal, a

desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressenete". P. 123-124. **Argumento consequencialista jurídico e também extrajurídico, que valora negativamente a consequência de decisão que entenda pela inviabilidade da execução antecipada, em ofensa à efetividade penal (no aspecto jurídico) e aos desejos morais da sociedade (no aspecto extrajurídico). Os adjetivos "total", "absoluto" e "corrosiva" sugerem falácia dos epítetos carregados e também de falácia do espantinho, já que os defensores da vedação à execução antecipada da pena não defendem as drásticas consequências elencadas pela Ministra.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 8

"Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos". P. 125. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente a consequência de decisão pela vedação à execução antecipada, por ofensa à efetividade penal. O juízo especulativo, no entanto, é hiperbólico e não comprovado, sugerindo uma falácia do discurso infalível.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 9

“Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026: *“Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva”*. P. 125. A citação, incorporada como argumento consequencialista jurídico de primeira ordem no âmbito da aplicação, parece sugerir que se reescreva a norma por via interpretativa, acrescentando-lhe um condicionante que afaste consequências indesejadas: onde se lê “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado”, passa-se a ler “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado, desde que trânsito em julgado seja rápido”.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Gilmar Mendes

Argumento 10 (não contabilizado)

“Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz: [...] *Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: fiat justitia, pereat res publica. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de "bem comum", especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, "racional"*”. P. 159-160. Mendes apropria-se do argumento de Larenz em defesa da consideração de consequências como meta-estratégia decisória – ainda que não ilimitada, sob ônus argumentativo. Trata-se de argumento consequencialista de segunda ordem. Mendes, no entanto, não explora exatamente a ideia de

consequências positivas ou negativas, desejadas ou indesejadas, da autorização ou vedação da execução antecipada. Explora, sim, a possibilidade de *mutação constitucional* autorizar a revisão do entendimento da Corte, para sua adequação a uma “nova visão sobre direitos fundamentais e suas repercussões (p. 159)”.

Vincula-se a qual *ratio*: nenhuma. Consequencialismo de segunda ordem

HC 126.292

Teori Zavaski

Argumento 11

“E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória”. P. 16-17. *Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, consequência de jurisprudência em vigor em sua ofensa à efetividade de jurisdição penal. O Ministro cita um exemplo pontual de protelação que alcançou a prescrição (p.18), mas não apresenta outras evidências empíricas para oferecer um diagnóstico (em relação a efeitos da jurisprudência entre 2009 e 2016) ou uma prognose (em relação a efeitos futuros de hipotética manutenção da vedação à execução antecipada).*

“[...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente

resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”. P. 16. O Ministro apresenta evidência empírica para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada, que poderia resolver-se também pela via de HC. O Ministro não chega a valorar explicitamente essa baixa probabilidade de reforma como consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, embora a construção lógica de seu raciocínio sugira alguma possibilidade.

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Luís Roberto Barroso

Argumento 12

“Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”. P. 32-33. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da**

execução da pena. Barroso é explícito na consideração de consequências. Nota-se ainda que as consequências indesejadas já aconteceram. Ou seja, tiveram efeitos produzidos no passado. O Ministro não esclarece – embora seja possível inferir – que tais consequências ainda se produzirão, de maneira continuada, no futuro.

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 13

“Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos”. P. 33. **Idem anterior.**

“Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”. P. 34. **Item anterior. Barroso elenca não apenas consequências, mas cadeias de consequências. Não há evidência empírica para todas as prognoses.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária, secundária e terciária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 14

“Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas”. P. 40-41. **Argumento consequencialista jurídico que valora positivamente, para o sistema jurídico, a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada. Para registro: trata-se de um argumento contrário ao argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, a possibilidade de prisão de um único inocente.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 15

“Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal”. P. 45. Barroso reforça aqui o já invocado argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 16

“É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito”. P. 47. Neste trecho, o Ministro valora negativamente

consequências não exatamente decorrentes da autorização ou da vedação à execução antecipada da pena, mas sim do descumprimento hipotético de normas existentes que tutelam a efetividade penal e a função da pena.

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária e secundária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 17 (não contabilizado)

“Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões”. P. 49. **Argumento consequencialista jurídico de segunda ordem. Trata-se de decisão sobre como decidir** que autoriza a adoção, como método, do consequencialismo de primeira ordem na interpretação e na aplicação. No trecho, consideram-se as consequências da *decisão*, sem mais detalhes. Também não se mencionarão, nos trechos seguintes, por exemplo, as consequências da *medida* em discussão, nem se definirá o que são consequências “práticas” ou “melhores consequências possíveis”.

“[...] deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a

sociedade (interpretação pragmática)". P. 50. **Considerações no item anterior.**

"O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo". P. 50. **Considerações no item anterior.**

Vincula-se a qual *ratio*: nenhuma. Consequencialismo de segunda ordem

Argumento 18

"A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema". P. 51. **O Ministro detalha no trecho algumas das consequências já valoradas.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, positiva, primária, secundária e terciária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 19

"[...] a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores". P. 52. **O Ministro apresenta novas consequências valoradas.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **Moral**

Luiz Fux

Argumento 20

"[...] quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional". P. 59. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, da não mutação interpretativa sobre a presunção de inocência.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica, evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Celso de Mello

Argumento 21

"[...] a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva "ex parte principis", cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse". P. 83. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, de uma hipotética, porém literal, presunção de culpabilidade do réu. Nota-se que o argumento é falacioso, na medida em que nenhum dos Ministros defende, diretamente, a presunção de culpabilidade do réu. Falácia do espantalho.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 22

“Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”. P. 89. **O Ministro repete aqui trecho de seu voto no HC 84.078. Argumento consequencialista jurídico, de tom retórico, que valora negativamente as consequências - para o próprio sistema jurídico - de posturas (e, infere-se, decisões) que defendem restrição da presunção de inocência.**

“De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período”. P. 93-94. **O trecho, uma citação do voto do Ministro Lewandowski na ADPF 144/DF, de 2008, é usado como evidência empírica para sustentar a prognose do Ministro pela vedação à execução antecipada.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

ADC 43 e 44 MC

Edson Fachin

Argumento 23

“Se pudéssemos dar à regra do art. 5o, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios”. P. 40. **O Ministro repete o exercício hipotético do voto no HC 126.292, que detém a mesma estrutura de um argumento consequentialista jurídico a valorar negativamente, para o próprio sistema jurídico, uma consequência lógica da jurisprudência em vigor: condicionar execução da pena à inércia do réu, o que configuraria ofensa à efetividade da jurisdição.**

“Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. [...] reflexamente estariamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”. P. 40-41. **Argumento consequentialista jurídico, em tom retórico, que valora negativamente as consequências, para o próprio sistema jurídico, de decisão que venha a enfraquecer a efetividade penal.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 24

“Por exemplo, observo, sobre dados apresentados nas iniciais, fundados em pesquisas da Fundação Getúlio Vargas – FGV, que essa mesma instituição, a respeito de previsões catastróficas sobre futura superpopulação carcerária que adviria com a aplicação do entendimento que ora agasalho, afirmou: *“As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância”*. P. 41. **Evidências empíricas a sustentar uma crítica à postura contrária pela vedação à execução antecipada. O Ministro, ainda que não estruture o argumento de maneira explícita, emprega no trecho uma espécie de ponderação de consequências.**

“A situação carcerária, qualquer que seja o momento em que a punição deva se efetivar, há de seguir os parâmetros daquela decisão. Com a devida vênia dos que pensam o contrário, o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento

da interpretação das regras penais e processuais penais”. P. 47. **Crítica-se aqui um argumento consequencialista usado na defesa da vedação à execução antecipada: aumento da população carcerária. O Ministro, embora não chegue a descrever exatamente como *positiva* a consequência do “não aumento” da população carcerária, emprega no trecho uma implícita espécie de ponderação de consequências.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, positiva, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Luís Roberto Barroso

Argumento 25

“A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. P. 57-58. **Identifica-se um argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema penal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena, em ofensa à efetividade penal.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 26

“Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos”. P. 58. **Imediatamente ao argumento anterior, aqui identifica-se um argumento consequencialista extrajurídico que valora negativamente, para a sociedade, uma consequência da vedação à execução antecipada: sentimento de ineficácia penal.**

“Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, a média de provimento de recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso diz respeito ao regime de pena e à dosimetria”. P. 60-61. **Evidências empíricas a sustentar as críticas anteriores à postura contrária pela vedação à execução antecipada.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 27

“Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. P. 66-67. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena. Primeira parte. O Ministro oferece evidências empíricas noutro trecho.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 28

[...] Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. P. 66-67. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena. Segunda parte.**

[...] Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral". P. 66-67. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena. Terceira parte.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária, secundária e terciária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 29

"Por fim, aponte três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela interpretação adotada, ao demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição pode contribuir

para a melhoria do sistema de justiça criminal. Primeiro, a interpretação permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado [...] Segundo, a execução provisória da condenação penal após a decisão de segundo grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro [...]. P. 69-70 Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição". P. 69-70. O Ministro elenca, sob o nome de "fundamentos", em tom retórico, consequências valoradas positivamente em decisão pela autorização à execução antecipada: maior funcionalidade da justiça criminal, menor seletividade punitiva da justiça criminal e, por fim, quebra do paradigma da impunidade da justiça criminal.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, positiva, primária, secundária e terciária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 30

"Porém, ao somente permitir a execução depois do trânsito em julgado, isso é um estímulo para que não se deixe transitar em julgado, o que transformou o nosso sistema de justiça e o nosso sistema recursal nesse modelo caótico, que gera constrangimento a qualquer pessoa que tenha que explicar que um determinado caso teve 25 recursos só no Superior Tribunal de Justiça". P. 71. O Ministro antecipou aqui o argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, as

consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena. O Ministro sugere, em tom *ad terrorem*, que a vedação à execução antecipada tornou caótico o sistema recursal. Seu voto escrito, embora de mesmo conteúdo, não possui afirmação nesse tom.

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Teori Zavaski

Argumento 31

“[citação literal de argumento usado no HC 126.292] E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executorial”. Repetição do argumento usado no HC 126.292. P. 126. **Trata-se de argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o próprio sistema jurídico, consequência de jurisprudência em vigor em sua ofensa à efetividade de jurisdição penal.**

“[citação literal de argumento usado no HC 126.292] [...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui

relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos". P. 126. O Ministro reapresenta evidência empírica para demonstrar a baixa probabilidade de reforma de condenação após prisão antecipada, que poderia resolver-se também pela via de HC. O Ministro não chega a valorar explicitamente essa baixa probabilidade de reforma como consequência *positiva* da autorização à execução antecipada, embora a construção lógica de seu raciocínio sugira tal possibilidade.

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 32 (não contabilizado)

"Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva". P. 136. O Ministro sugere que o termo "trânsito em julgado" admite distintos sentidos possíveis e que o melhor deles está *condicionado* a uma interpretação que promova, como consequência, maior efetividade

da jurisdição penal. Trata-se de argumento a demonstrar consequencialismo judicial de primeiro grau no âmbito da interpretação.

Vincula-se a qual *ratio*: nenhuma. Consequencialismo de primeira ordem

Observação: trata-se de raro exemplo onde Ministro sugere a prática de consequencialismo judicial de primeira ordem no âmbito da interpretação, que não se refere a consequência trivial da norma. Considerada a norma penal em questão (“se houve trânsito em julgado, então pode haver prisão”), nota-se que não há valoração a explorar o consequente da norma: consequências que decorreriam da própria prisão. Há, sim, disputa interpretativa sobre os possíveis significados de trânsito em julgado, núcleo de seu *antecedente*.

Ricardo Lewandowski

Argumento 33

“Salta aos olhos que em tal sistema o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias. Daí a relevância da presunção de inocência”. P. 185. **Importante: o argumento consequencialista do “aumento da população carcerária” foi empregado pelo Ministro no HC 126.292 de maneira repentina, desconectado de suas rationes, e por isso não foi considerado apto a participar da formação dessas rationes. Aqui, no entanto, o argumento ressurge em mais detalhes (como se vê ao longo deste fichamento) e foi conectado às rationes do Ministro. Sobre este argumento, portanto: o Ministro considera a multiplicação exponencial de erros judiciais como uma consequência jurídica negativa, para o sistema jurídico e para o réu, do aumento da população carcerária de presos provisórios (aumento que em si já seria, infere-se, uma consequência negativa da autorização à execução antecipada). Tem-**

se, portanto, uma cadeia de consequências negativas. O Ministro não apresenta evidência empírica neste trecho do voto. Se considerado erro judicial o entendimento reformado dos juízos de primeira e segunda instância, podem-se considerar evidências empíricas os números citados na antecipação ao voto e no próprio voto, como se verá abaixo.

“A Secretaria-Geral do STJ respondeu que, no período entre 1º/1/2009 até 20/6/2016, 8.493 decisões em recursos especiais (REsp) ou recursos especiais com agravo (AREsp) foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que corresponde à 10,29%. Ou seja, é provável que, no período mencionado, mais de 8 mil pessoas seriam encarceradas injustamente após a condenação em segunda instância, pagando pelo que não deviam [...] No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de *habeas corpus*, que muitas vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravoso como o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados. Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram”. P. 198-199. **Evidências empíricas a sustentar probabilidade razoável de reforma da condenação após juízo de segundo grau.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e réu**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 34

“Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea”. P. 193. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico e para o réu, uma consequência da jurisprudência pela autorização à execução antecipada: aumento da decretação de prisão, sem fundamentação idônea, pelo juízo de segundo grau. O Ministro não apresenta evidência empírica específica sobre erro judicial por ausência de fundamentação. A correlação entre autorização à execução antecipada e erro judicial por ausência de fundamentação idônea não parece comprovada, sugerindo uma possível falácia de causalidade.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e réu**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 35

“Para abrigar esse montante [12 mil presos indevidamente], seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R\$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que

cada preso custa ao Estado três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de 36 milhões de reais. Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio, apesar de permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a indenização à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária? Ouso responder. Em 15 de setembro de 2009, o *site* Consultor Jurídico – Conjur publicou a notícia “STJ define valor de indenizações por danos morais”, na qual noticiou que o cidadão preso erroneamente faria jus à indenização no valor de 100 mil reais. E o estupro em prédio público, crime recorrente no estado de coisas inconstitucionais que assombra o nosso sistema penitenciário, o ressarcimento é da ordem de 52 mil reais. Assim, está precificada a liberdade dos cidadãos brasileiros”. P. 199. **Argumento consequencialista extrajurídico de natureza econômica que valora negativamente, para o sistema judiciário, para o réu e para a administração pública, duas consequências da autorização à execução antecipada: custo do aumento da população carcerária e custo, para o Estado, de R\$ 100 mil pago a cidadão preso erroneamente, a título de indenização.**

Vincula-se a qual *ratio*: **extensão de garantias à privação de liberdade**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **Estado e réu**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **Economia**

Argumento 36

"[...] nós temos hoje no Brasil a 4a população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São 600 mil presos. Desse total, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses 240 mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos". **Argumento consequencialista extrajurídico** (ainda que também se possa vê-lo, no limite, como jurídico), em tom retórico, que valora negativamente, para o sistema prisional, consequência da autorização à execução antecipada: aumento da população carcerária. Atenção: neste caso, em distinção ao argumento de mesmo teor no HC 126.292, há mais conexão argumentativa com a formação da *ratio decidendi* do Ministro. No HC 126.292, o argumento era episódico.

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e réu**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

ADC 43, 44 e 54

Alexandre de Moraes (voto)

Argumento 37

“Durante todos esses anos, 31 anos, as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil”. P. 56-57. O Ministro critica o argumento consequencialista, que valora negativamente, para o sistema prisional, a consequência do aumento da população carcerária. Sugere, no entanto, ainda não em argumento completo neste trecho, que a *evolução no combate à corrupção* foi consequência positiva das alterações jurisprudenciais – infere-se, pelo restante do voto do Ministro, que a autorização à execução antecipada da pena produziu tal consequência. O Ministro não oferece evidência empírica.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 38

“As instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais”. P. 61-62. Argumento consequencialista jurídico, em tom retórico, que valora negativamente, para o próprio sistema processual, consequência da vedação à execução antecipada da pena: enfraquecimento das instâncias inferiores.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Luís Roberto Barroso (voto)

Argumento 39

"[...] ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil [...] a mudança da jurisprudência com a consequente possibilidade de encarceramento depois do segundo grau diminuiu o índice de encarceramento". P. 98. **Argumento consequencialista extrajurídico, ainda que também possua dimensão jurídica, que valora positivamente, para o sistema prisional, uma consequência da autorização à execução antecipada da pena: queda no encarceramento.**

"Eu pedi, no Departamento Penitenciário Nacional, a evolução do número de presos definitivos e provisórios para chegar à seguinte e surpreendente conclusão: em 2010, primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em segundo grau - a jurisprudência mudou em 2009 -, havia 496 mil presos no sistema penitenciário; 4,79 % a mais do que em 2009. Portanto, a jurisprudência muda em 2009; em 2010, o índice de encarceramento aumenta 4,79%. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, um aumento de 3,68%. Em 2012, 549.800 presos, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200 presos, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600 presos, 12,27% a mais do que no ano anterior. E, em 2016, 722.923 presos, 3,48% a mais do que no ano anterior. Pois bem, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo muda a

jurisprudência e passa a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017 - mudamos em 2016 -, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. Opa, um aumento 0,47%, o menor da série histórica iniciada em 2009! Aí, vamos ver o aumento no ano seguinte, pelos números do Departamento Penitenciário: 2018, 744.216 presos, um aumento de 2,45% - o segundo menor desde 2009. Portanto, nos dois anos que se seguiram à mudança de jurisprudência do Supremo, o índice do encarceramento, o índice de crescimento do encarceramento diminuiu aos menores percentuais da série histórica de 10 anos. Note-se, bem, entre 2009 e 2016, período em que vigorou a proibição da execução após o segundo grau, a média de aumento anual de encarceramento foi de 6,25% e, após 2016, quando volta a possibilidade de execução após o segundo grau, a média foi de 1,46%, menos de um terço". P. 99. **O Ministro apresenta evidências empíricas para demonstrar i) queda no encarceramento e sugerir ii) sua relação com a mudança jurisprudencial. A relação de causalidade expressada em ii, ao menos neste trecho do voto, não é clara, como o próprio Ministro reconhece abaixo, formulando hipóteses.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 40

“Quais foram os impactos dramaticamente negativos que a mudança da jurisprudência em 2009 trouxe para o Direito brasileiro? Primeiro, poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, consequência da impossibilidade da antecipação da execução da pena: incentivo aos recursos protelatórios.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 41

[...] Em segundo lugar, reforço à seletividade do sistema [...] Em terceiro lugar, pelo mais absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça, junto à sociedade, pela demora interminável na punição e pelas frequentes prescrições, gerando mais do que uma sensação, uma realidade de impunidade”. P. 106. 107. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema de justiça criminal, consequências da impossibilidade da antecipação da execução da pena: incentivo aos recursos protelatórios, seletividade penal e descrédito do sistema de justiça.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, negativa, múltipla**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 42

“Vejam, Vossas Excelências, o impacto positivo, trazido pela nova jurisprudência que impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas, por réus, e de acordos de leniência, por empresas”. P. 107-108. **Consequência positiva, secundária, da autorização à execução antecipada (e simultaneamente primária, do temor de punição): colaborações premiadas e acordos de leniência. Trata-se de exemplo de cadeia de consequências.**

“Essas estatísticas, que nós vimos de 2016 para cá, elas vão melhorar em termos de prisão provisória, porque os juízes prendem provisoriamente para antecipar uma justiça que eles sabem que não vai acontecer”. P. 110. **Para o Ministro, a consequência positiva (queda no número de prisões provisórias) aferida no passado também se manterá no futuro.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica e extrajurídica, positiva, múltipla**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 43

“Portanto, parte do problema das prisões provisórias, boa parte, é a ineficiência do sistema. E a ineficiência do sistema é agravada pela impossibilidade de execução da pena depois do segundo grau”. P. 110. O Ministro destaca outra consequência negativa secundária da vedação à execução antecipada: problema das prisões provisórias.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 44 (não contabilizado)

“Como eu já me manifestei diversas vezes aqui, nessa bancada, nós precisamos de um giro empírico-pragmático no Brasil. Nós temos que abdicar da retórica tonitruante e vazia e trabalhar com dados da realidade. Empírico, porque depende da experiência, e pragmático, porque é preciso ver os resultados que se produzem”. P. 116. A afirmação indica a filiação do Ministro a teses pragmáticas e consequentialistas.

Argumento 45

“Essa não é uma questão supérflua. As sociedades capitalistas vivem da segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados. É isso que determina o nível de investimento e o volume de

negócios de um país e, conseqüentemente, seu nível de emprego e perspectivas de desenvolvimento. E a percepção do Brasil pela OCDE, que é o clube dos países ricos em que o Brasil quer entrar, não é boa. Notícias da imprensa:

O Globo - Barrar prisão após segunda instância será sinal muito ruim para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE. A notícia é dura, não vou ler.

UOL - Preocupada com a capacidade do Brasil de investigar corrupção, OCDE envia missão ao país.

Vortex - Decisões do Supremo causaram desgaste com grupo da OCDE.

Há uma percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido. E aqui, evidentemente, nem eu nem ninguém neste Tribunal é pautado por opinião seja doméstica, seja externa. Aqui cada um forma a sua própria opinião. Mas, no mundo globalizado, nenhum país pode ser uma ilha, menos ainda uma ilha de impunidade". P. 121-122.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **extrajurídica, negativa, múltipla**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **Estado e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **Economia**

Luiz Fux

Argumento 46 (não contabilizado)

"Sob o prisma consequencialista, propugnado pela nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, impõe-se a interpretação que protege o núcleo essencial da presunção de inocência, sem estendê-lo às raias da ineficácia

do sistema penal brasileiro, já à beira da falência com todas as mazelas que um processo excessivamente demorado impõe aos acusados e à sociedade”. P. 198. O Ministro invoca o consequencialismo judicial que, para ele, teria sido introduzido no art. 20 da Nova LINDB: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”. Dessa maneira, ainda que não descreva em mais detalhes, infere-se que o Min. adota a consideração de consequências como meta-estratégia decisória. Embora caiba discussão sobre o artigo 20 – se de fato tornou o consequencialismo, como método, autorizado pela legislação infraconstitucional, o que tornaria esta menção trivial – este trecho será considerado argumento consequencialista (a rigor, adoção de consequencialismo judicial, lato sensu).

Argumento 47

“Como salientou o Ministro Francisco Rezek, no HC 71.026, segundo o qual “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade”. P. 198. Repete-se aqui o mesmo comentário sobre esta igual citação, no voto da Min. Ellen Gracie no HC 84.078: A citação, incorporada como argumento consequencialista jurídico de primeira ordem no âmbito da aplicação, parece sugerir que se reescreva a norma por via interpretativa, acrescentando-lhe um condicionante que afaste consequências indesejadas: onde se lê “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado”, passa-se a ler “para garantia da presunção de inocência, então prisão só ocorre após trânsito em julgado, desde que trânsito em julgado seja rápido”.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico e Moral**

Argumento 48

“A ineficácia da condenação depois do esgotamento das instâncias ordinárias pode, ainda, produzir efeito maléfico para a administração da justiça, ao incentivar a interposição de recursos meramente procrastinatórios, com o único fim de se postergar o início da execução da condenação”. P. 198. **Argumento consequencialista jurídico que valora negativamente consequência da vedação à execução antecipada: incentivar recursos protelatórios.**

Vincula-se a qual *ratio*: **instâncias e recursos ordinários**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 49

“Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. A elevação do risco de prescrição e o retardamento da prestação jurisdicional gera situações em que crimes gravíssimos, depois de ultrapassarem todos os obstáculos à sua descoberta, investigação, obtenção de provas de autoria e de materialidade, acabam enredados na teia de recursos que resulta na impunidade”. A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos Robert Post e Reva Siegel (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”. P. 236. **Argumento consequencialista extrajurídico que valora negativamente, para a sociedade, consequência da vedação à execução antecipada: sentimento de impunidade.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **Moral**

Argumento 50

“Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu

tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade”. P. 240. O Min. acrescenta uma consequência: gasto de tempo da autoridade judiciária.

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 51

“Então, Senhor Presidente, concluindo, eu assento que uma viragem jurisprudencial a essa altura, mercê de considerá-la, com a devida vênia, inoportuna e antijurídica - por isso eu acho que não se pode falar em segurança jurídica; qual é a juridicidade, a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica -, entendo que essa viragem jurisprudencial trará danos incomensuráveis ao País e à sociedade brasileira”. P. 246. **Argumento consequencialista extrajurídico que valora negativamente, para o Estado brasileiro e para a sociedade, consequência da vedação à execução antecipada: danos incomensuráveis.**

Vincula-se a qual *ratio*: **efetividade e respeito à jurisdição penal**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **extrajurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **Estado e sociedade**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **Moral**

Ricardo Lewandowski

Argumento 52

“Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias”. P. 251. **Ministro repete trecho do HC 126.292. Importante: o argumento consequencialista do “aumento da população carcerária” foi empregado pelo Ministro no HC 126.292 de maneira repentina, desconectado de suas rationes, e por isso não foi considerado apto a participar da formação dessas rationes. Aqui, no entanto, o argumento ressurge em mais detalhes (como se vê ao longo deste fichamento) e foi *conectado* às rationes do Ministro. Sobre este argumento, portanto: o Ministro considera a multiplicação exponencial de erros judiciais como uma consequência jurídica negativa, para o sistema jurídico, do aumento da população carcerária de presos provisórios (aumento que em si já seria, infere-se, uma consequência negativa da autorização à execução antecipada). A difícil classificação do argumento sugere que ele posiciona-se no limite entre argumento não relacionado ao conteúdo da *ratio* e argumento não determinante para a formação da *ratio*.**

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **lógica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Argumento 53

“Lamentavelmente, a partir desse entendimento precário e efêmero do STF, um grande número de prisões passou a ser decretado, após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, com simples remissão a súmulas ou julgados, em franca violação ao que dispõe o art. 5º, LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. P. 253. Ministro repete o argumento consequencialista jurídico que valora negativamente, para o sistema jurídico, uma consequência da jurisprudência pela autorização à execução antecipada: aumento da decretação de prisão, sem fundamentação idônea, pelo juízo de segundo grau. O Ministro não apresenta evidência empírica específica sobre erro judicial por ausência de fundamentação. A correlação entre autorização à execução antecipada e erro judicial *por ausência de fundamentação idônea* não parece comprovada, sugerindo uma possível falácia de causalidade.

Vincula-se a qual *ratio*: **restrições a direitos fundamentais**

(i) material (consequências em que sentido; jurídicas ou extrajurídicas; positivas ou negativas; primárias ou secundárias): **jurídica, negativa, primária**

(ii) subjetivo (consequências para quem: Estado, judiciário, sociedade ou réu): **judiciário**

(iii) demonstrativo (consequências aferidas como: lógica ou evidência empírica): **evidência empírica**

(iv) justificativo (consequências com fundamento em que: ordenamento jurídico, Moral, Economia ou Política): **ordenamento jurídico**

Gilmar Mendes

Argumento 54 (não contabilizado)

“Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal”. P. 293. O Ministro expressa aqui que considerou a consequência, para ele agora negativas, da autorização à execução antecipada (criar arbitrariedades por todo sistema penal), mudando a orientação de seu voto na ADC 43 e 44 MC. Essa constatação, que sugere a adoção da consideração de consequências como método decisório, abre a possibilidade para o Min. igualmente valorar positivamente alguma consequência da vedação à execução antecipada. Os outros argumentos do Ministro também tratam de estratégia decisória. Não foram contabilizados.

Apêndice 5: Rationes dos votos da MC 43 e 44 e ADC 43, 44 e 54 a partir das categorias ampliativas e restritivas elaboradas por Vinicius Veiga e Alvarenga

MC 43 e 44

Marco Aurélio

Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal”. P. 13-14. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

Citação ao próprio voto no HC 126.292: “Indaga-se: perda a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”. P. 16. **Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade.**

“O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O

preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir”. P. 16-17. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“Para além da argumentação metajurídica – usualmente retórica –, esses dados demonstram o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal. Percebam a função desempenhada no Direito Penal, considerado o papel institucional a ele conferido pela Carta Federal. Não há como aproximá-lo daquele hoje atribuído ao Supremo. É responsável pela unidade do Direito Penal, e de outros ramos, no território nacional. O papel é, acima de tudo, uniformizador, a fim de que, ante os mesmos fatos, a mesma norma jurídica, não prevaleçam decisões conflitantes dos 27 Tribunais de Justiça e dos 5 Regionais Federais”. P. 22. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais. A abordagem, no entanto, é inédita. O Ministro defende a unidade do Direito Penal. Este argumento surge em reação à razão restritiva “instâncias e recursos ordinários” e, neste voto, assume conteúdo mais elaborado, que liga-se à categoria ampliativa em questão.**

Edson Fachin

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas,

evitando-se a reincidência. [...] Outra questão, Senhora Presidente, que se me afigura importante destacar, é que, ao contrário do que se aventou da tribuna e em memoriais, creio não ter tido este Supremo Tribunal Federal em conta, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, as preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco””. P. 31-32. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

“Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais. [...] o disposto no art. 283 do CPP impõe, como regra, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, como regra, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos. [...] A disposição geral que exige o trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a especial regra que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeito suspensivo”. P. 38. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Luís Roberto Barroso

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva

“O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei no 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal”. P. 49. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

“O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal”. P. 49-51. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

“O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e Resp”. P. 50. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

“Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nessas ADCs –, na

parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas”. p. 50. **Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva.**

Teori Zavaski

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, da CF, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus”. P. 111-112. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

“A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – deve viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo-crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público

de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social". P.

113. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

Rosa Weber

Não consta o voto do acórdão, apenas o esclarecimento.

Luiz Fux

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva

"Então, o Professor Alexy, exatamente comentando esse julgado, ele diz que o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado, a que este o proteja contra intervenção de terceiros. Aplicando a lição ao ordenamento brasileiro, tem-se que a atribuição de efeito suspensivo a um rol virtualmente limitado de recursos viola o direito a proteção das vítimas de crimes, na medida em que confere ao acusado a prerrogativa de obstar indefinidamente a imposição da reprimenda penal". P. 148. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

"Então, eu subdivido o dispositivo [artigo 283 do CPP] autorizado pela Constituição Federal em quatro orações. Nessas quatro orações, nessas quatro hipóteses, é que se pode prender. Assim, não há nenhuma vedação a que se efetive a prisão do condenado depois da condenação pelo Tribunal de Apelação. Mercê de coexistir, ainda, no Código de Processo Penal, o dispositivo que não só afirma que os recursos especiais, os recursos extraordinários não têm efeito

expressivo, e a Lei acrescenta: os autos devem baixar para a execução do julgado. Então, tudo isso nos leva à consideração de que, realmente, essa liminar não pode ser deferida”. P. 149. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Dias Toffoli

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

“Nesse contexto, a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal. Em sua interpretação literal, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o esgotamento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso”. P. 170. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“Dessa feita, como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário. Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF)”. P. 171. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

“Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto

estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça”. P. 173.

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.

Ricardo Lewandowski

Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta”. P. 187. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, in claris cessat interpretatio. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação in malam partem”. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

“Ademais, traçando um outro paralelo, agora entre o Direito Penal e o Direito Civil, eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade [...] Os dois exemplos de ilícitos contra a propriedade são apenados com maior rigor do que o delito de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. Estes últimos com penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade”. P. 197. **Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade.**

Gilmar Mendes

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“O que estou colocando à reflexão, portanto, é que vejamos a presunção de inocência como princípio relevantíssimo à ordem jurídica ou constitucional, mas suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e do Processual Penal. Por isso, entendo que, nesse contexto, não se há de considerar que a prisão após a decisão de tribunal de apelação seja considerada violadora. E, parece-me, se porventura houver a caracterização - que sempre pode ocorrer - de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o habeas corpus. E os tribunais disporão de meios para sustar essa

execução antecipada”. P. 207. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

“Então, Presidente, a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade”. P. 217. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

Celso de Mello

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“Enfim, Senhora Presidente, é possível a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela, sentença penal condenatória transitada em julgado?”. P. 219. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade

em geral e os dos cidadãos em particular”. P. 232. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

Cármem Lúcia

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“[...] É disso que depende a concretização, na minha compreensão, com todas as vênias aos que pensam em sentido contrário e que expõem sem nenhuma sombra de dúvida com argumentos e fundamentos expressivos, sérios, democráticos, mas que não desfazem os contrários argumentos e fundamentos também baseados no fator de legitimidade que há de garantir uma sociedade na qual se tenha a possibilidade de o Estado dar cobro àquilo que a sociedade passou como um dever, que é o dever de uma jurisdição efetiva e eficaz”. P. 247. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

“Quer dizer, o estado de inocência vai se esvaindo, e o sistema admite exatamente que se possa dar o tratamento diferenciado até o trânsito em julgado, como também afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes”. P. 246. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

ADC 43, 44 e 54

Marco Aurélio

Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva”. P. 32-33. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

“Também não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito”. P. 35. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“[citação ao próprio voto no HC 126.292] Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”. P. 34. **Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade.**

Alexandre de Moraes

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva

"[...] haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2o grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o "congelamento de sua efetividade" pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário [...]". P. 60-61. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários e Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

"As instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais". P. 61-62. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Edson Fachin

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

"Não se olvide, ademais, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos

humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos. Estão todos descritos no voto da Medida Cautelar, de modo que apenas lhes referencio novamente: caso Maria da Penha, caso Sétimo Garibaldi, caso Ximenes Lopes, caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Trouxe - novamente - essa digressão para rechaçar a insistente pecha de que esta Suprema Corte, desde o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016, vem sucumbindo aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista” ou apenas a preocupações fundadas na baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria””. P. 67. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal**

“Em virtude desse limitado âmbito de análise não há como se reconhecer um efeito suspensivo automático nos recursos especiais, pois isso implicaria afirmar algo próximo do seguinte: “a interpretação dada à lei federal que deu base à condenação é, até manifestação em contrário do Superior Tribunal, incompatível com a própria lei”. Conquanto se invoque o princípio da presunção de inocência, resta evidente que essa presunção não pode desconstituir a presunção de legalidade da atuação dos Tribunais inferiores. Não há sistema jurídico que sobreviva a uma presunção geral de ilegalidade, ainda que para beneficiar o réu, ainda que no limitado âmbito do direito penal”. P. 87. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

“Registre-se, aqui também, que essa constatação nada diz sobre a chamada preocupação com a efetividade da norma penal e nada tem a ver com o cognominado “pragmatismo da ordem penal”. Trata-se, antes, de simplesmente reconhecer a soberania do Poder Legislativo. A inexistência de efeitos suspensivos no recurso especial decorre, em última análise, do truísmo singelo de que ninguém está acima da lei e

que ninguém pode deixar de cumpri-la”. P. 87. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Luís Roberto Barroso

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva

“E, portanto, há princípios em jogo aqui, a presunção de inocência é muito importante, mas o interesse da sociedade na persecução penal e num sistema penal minimamente efetivo também é muito importante, porque o sistema penal minimamente eficiente não existe para produzir vingança privada, nem por desfastio de autoridade perversas; ele existe é para proteger os direitos fundamentais de todos. O sistema punitivo existe para proteger a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, a probidade das pessoas de uma maneira geral”. P. 113. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

“E, se alguém quiser um fundamento infraconstitucional para a prisão depois do segundo grau, é o art. 312 do Código de Processo Penal - garantia da ordem pública -, porque alguém condenado em segundo grau permanecer mais três, cinco, sete, oito, dez anos levando vida normal, muitas vezes desfrutando do dinheiro que desviou ou convivendo com a família da vítima que tem que ver todos os dias é negação de justice”. P. 115. **Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva.**

“E digo agora em português simples e claro: se o dispositivo não impede a prisão nem antes da sentença de primeiro grau, porque permite a prisão cautelar e provisória, por que razão haveria de proibi-

la depois de assentada a culpa por uma decisão de segundo grau?”. P. 116. **Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva.**

“Se o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, pode-se, naturalmente, executar a decisão. Foi isso o que largamente disse o Ministro Teori Zavascki no voto do *habeas corpus* e depois no voto em que reafirmou a jurisprudência deste Tribunal”. P. 116. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Rosa Weber

Categoria ampliativa 1: Extensão de garantias à privação de liberdade

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

“O *habeas corpus* é ação de envergadura constitucional de que dispõe quem sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação, em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder!

A partir de tal premissa – dizia eu, com a devida vênia –, como poderia o STF reputar, no âmbito de *habeas corpus*, ilegal, teratológica ou abusiva decisão tomada com base na jurisprudência dele próprio no sentido de a execução antecipada da pena não afrontar o princípio da presunção de inocência? Poderia visitar o tema sim, para manter ou alterar a posição, mas em ação de controle abstrato de constitucionalidade, como agora se enceta”. P. 167. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“As prisões provisórias – temporária e preventiva – enquanto medidas de cautela, se justificam, presentes as condições objetivas que as ensejam, pelo seu caráter eminentemente instrumental. Ainda que enfeixem consequências na esfera da liberdade individual do acusado, sua finalidade é sempre outra que não a punição do culpado (até mesmo porque culpado ainda não há). Ao contrário da pena, a prisão cautelar necessariamente precede à declaração jurídica da culpa. Não

se confundem, todos o sabem, com a pena. Assim, *v.g.*, autoriza o art. 312 do CPP a prisão preventiva para a 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 de crime e indícios suficientes de autoria. Ademais, ainda que o texto constitucional estabeleça limites para a prisão, não veda nem limita a imposição de outras medidas cautelares”. P. 180. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

Luiz Fux

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Categoria restritiva 3: Forma de prisão preventiva

“A ineficácia da condenação depois do esgotamento das instâncias ordinárias pode, ainda, produzir efeito maléfico para a administração da justiça, ao incentivar a interposição de recursos meramente procrastinatórios, com o único fim de se postergar o início da execução da condenação”. P. 198. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários**

“Consignou-se, por fim, que situações excepcionais, em que haja probabilidade de provimento dos recursos especial ou extraordinário, poderão ser resolvidas pela concessão cautelar, pela Corte competente, do efeito suspensivo pleiteado pela defesa, ou de *habeas corpus* preventivo voltado a impedir a execução da prisão, quando manifestamente presente a possibilidade de provimento dos recursos”. P. 231. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários**

“Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das

normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de quase-anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social". P. 241. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal**

Ricardo Lewandowski

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

"A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de "cláusulas pétreas", justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro". P. 251. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais**

"Insisto em que não se mostra possível superar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, ademais, além de ser claríssimo, jamais poderia ser objeto de uma inflexão jurisprudencial para interpretá-lo *in malam partem*, ou seja, em prejuízo dos acusados em geral". P. 256. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

Cármem Lúcia

Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“Diversamente do que defende o autor e todos os outros que participaram como amici curiae desses processos, a norma do art. 283, na esteira de uma interpretação a ser dada pela Constituição, não institui, nem poderia instituir, exclusividade dos provimentos transitados em julgado para a execução de pena privativa de liberdade, havendo de ser interpretada no sentido consequencial de assegurar a eficácia do sistema criminal, resguardando-se os direitos de todos os cidadãos a ter a ação do Estado-Juiz a partir do processo, no qual se tenha garantida a plena observância do acatamento à lei e às garantias constitucionais do investigado, do acusado, mas também de todos os que compõem a sociedade brasileira”. P. 277-178.

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

“Não seria razoável partir da presunção de que uma sentença confirmada por um tribunal, por um órgão colegiado, também fosse desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado de sua liberdade, mas não pudesse, em sentença condenatória mantida por um tribunal, manter uma presunção quando já há, pelo menos, um juízo de certeza reiterado”. P. 279. **Categoria restritiva 1: Instâncias e recursos ordinários.**

Gilmar Mendes

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

"[...] não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal". P. 298.

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

"A ideia de que "direitos fundamentais não são absolutos" autoriza, exatamente, a existência de prisões cautelares, ao se ponderar a presunção de inocência aqui analisada. Se adotássemos uma visão rigorosa, nem mesmo poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias". P. 298. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

"Considerando que a opção constitucional e legislativa atual é evidentemente e inquestionavelmente no sentido de que se aguarde o trânsito em julgado da condenação para que se possa iniciar a execução de uma prisão-pena, devemos pensar (e até sugerir) possíveis alternativas à vedação de execução provisória da pena. [...] Prisão preventiva e o conceito de ordem pública para possibilitar a segregação quando existirem fundamentos concretos. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar. Nota: o Min. sugere uma série de possibilidades intermediárias na sequência. Como seu voto defende tese intermediária, eventualmente identificam-se elementos da categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal, como se vê abaixo.**

"Além disso, este Supremo Tribunal Federal, atento à possibilidade de práticas abusivas para forçar a prescrição dos fatos delituosos e, assim, a impunidade, assentou jurisprudência no sentido de que "recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque

inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada” (HC no 86.125/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.05). Ou seja, se os recursos ao STJ e ao STF forem inadmitidos, pois não atendidos os seus requisitos de admissibilidade, considera-se que a formação da coisa julgada ocorreu antes de sua interposição, de modo a impedir que a prescrição da pretensão punitiva seja considerada até o pronunciamento dos Tribunais Superiores se o conhecimento do recurso não for legítimo”. P. 330-331. **Categoria restritiva 2: Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal.**

Celso de Mello

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“O dever de proteção das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu – tal como tenho advertido em julgamentos recentes realizados no âmbito desta Corte –, representa encargo constitucional de que o Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se, mesmo que o clamor popular manifeste-se contrariamente, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional”. P. 355. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“Cumpra também esclarecer, ainda, por relevante, que a presunção de inocência não impede a imposição de prisão cautelar, em suas diversas modalidades (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível), tal como tem sido reiteradamente

reconhecido, desde 1989, pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal [...]”. P. 369. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

Dias Toffoli

Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais

Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar

“Alcance da cláusula pétrea. Para finalizar, gostaria apenas de registrar novamente que a deliberação desta Corte diz respeito à compatibilidade do art. 283 do CPP com a Lei Fundamental. No entanto, a opção legislativa expressa no referido dispositivo legal não se confunde com a cláusula pétrea da presunção de inocência, essa sim imutável”. P. 480. **Categoria ampliativa 2: Restrições a direitos fundamentais.**

“Além disso, é importante destacar que, em meu entender, a decisão que ora profere esta Corte não impede a análise pelas instâncias competentes, nos casos hoje pendentes e nos que venham a ser analisados, de decretação de prisão cautelar quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, análise essa que pode ser realizada em qualquer instância e fase do processo, visto que essa modalidade de prisão encontra autorização nos dispositivos da Constituição Federal de 1988 [...]. P. 482. **Categoria ampliativa 3: Possibilidade de cautelar.**

A epígrafe que abre este trabalho contém um paradoxo e uma ironia: "Apúrate cómo si no hubiera futuro, [...] Porque las consecuencias [...] no más te esperan: ya están a camino de ti". Um personagem que parece muito dever, e a quem é recomendado tornar o presente uma urgência absoluta para escapar do futuro, que de lá volta para lhe vingar uma cobrança. O segundo paradoxo e a segunda ironia é que o trecho dessa epígrafe nunca foi escrito por Marcel Fracassi, tampouco consta do conto Trama Albiceleste. Nem o autor nem o conto existem. Foram inventados exclusivamente para que este post scriptum pudesse existir, nessas palavras. Alguma sabedoria popular diria o mesmo dos riscos que assume uma sociedade obcecada pelo futuro e pelo seu controle: "atira a flecha primeiro e só depois pinta o alvo".