

## Lenio Streck: O STF, a prisão no júri e o voto equivocado de Barroso

Prisão imediata no Júri: esse é ponto central do RE 1.235.340/SC, que está no plenário virtual do STF. O ministro Barroso, deu provimento ao recurso extraordinário. O julgamento continuará.



**Lenio Luiz Streck**  
jurista e professor

Era um *easy case*, tornou-se um *hard case* e agora, com o voto do

ministro Barroso, corre o risco de se transformar em um *tragic case*.

O imbróglio.

O STJ havia concedido ao réu (de Santa Catarina) recorrer em liberdade, tudo com base em jurisprudência vinculante (!) do STF — ADCs 43, 44. Em seu voto, o ministro Barroso diz que a soberania do Júri prevalece sobre a presunção de inocência, ignorando o precedente das ADC 43 e 44.

Focarei aqui minhas críticas lhanas e respeitosas ao voto do ministro Barroso. Para ele, os julgamentos do Júri são "soberanos", dispensando a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, por opção explícita do constituinte originário ([vejam o voto](#)).

Para ele, a presunção, por ser princípio *e não regra*, pode ser "*aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes*". Assim, para o ministro, não haveria que se falar em violação da presunção de inocência com o imediato cumprimento de pena de réu condenado pelo Júri. Também faz uma interpretação conforme à constituição da Lei 13.964/19, sobre a qual falei na sequência.



Assim, no item 16 do seu voto, Barroso diz que é necessário **ponderar** o princípio da presunção de inocência e, como tal, **pode ser aplicado "com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes") com a soberania dos veredictos**, de modo a dar prevalência a este último fundado, inclusive, na função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, *in casu*, da vida humana. Com isso, para além da mera discussão de limitação da quantidade de pena necessária para execução imediata das decisões tomadas em plenário, compreende também que inexistente sequer necessidade de observância de qualquer delimitador de pena.

Um parêntesis: é difícil fazer críticas aos tribunais no Brasil. É antipático e por vezes até gera desconfortos contra o crítico. Mas penso que, como professor, ex-procurador e agora advogado, com mais de 70 livros publicados, tenho o dever cívico-acadêmico-institucional de criticar essa falha argumentativa — que não é só de Barroso. É um problema da dogmática jurídica que insiste em "ponderar" a milhas de distância do que disse Alexy, criador dessa ponderação (a outra era a ponderação proposta por Phillip Heck, que não tem qualquer relação com aquilo que Alexy propõe).

Preliminarmente, vale lembrar que o caráter vinculante das ADC 43 e 44 exige a vinculação do julgador ao seu resultado como uma condição *prima facie* — o que se afirma inclusive **com apoio na TAJ de Alexy**. Aqui já estaria resolvido o problema.

Se o ministro fizesse mesmo a ponderação, o resultado seria outro. Vou demonstrar. Antes disso: quando alguém fala em ponderação não pode simplesmente dizer, em poucas linhas, **que um princípio prevalece ou tem mais peso que outro**. Alexy nunca disse isso. Se Barroso quer falar sobre proporcionalidade em sentido estrito, então vejamos, na sequência, como fica a Fórmula Peso [1]. Mas ele não a fez. Mais grave, nem passou pelas fases anteriores. Logo, **não poderia afirmar que o princípio da presunção da inocência cede a qualquer outro princípio**.

Ao trabalho, alertando para o fato de que não sou adepto da TAJ. Sou crítico de Alexy. Porém, como acadêmico, não posso deixar de criticar o uso equivocados de sua teoria. Assim, primeiro, aqui, no caso concreto, por um juízo de adequação é possível afirmar que o meio utilizado (prisão após decisão do tribunal) é capaz de realizar o fim almejado (efetividade da persecução penal). Segundo, por um teste de necessidade, haveria outro meio menos invasivo à liberdade do acusado, a exemplo do uso de dispositivos eletrônicos como a tornozeleira. Em termos **da proporcionalidade de Alexy**, as duas primeiras etapas não foram devidamente contempladas e justificadas pelo ministro, para serem afastadas, **o que evitaria se falar na ponderação em sentido estrito**.

Porém, na medida em ponderar se tornou uma "exigência", especialmente na prática cotidiana das cortes superiores, **resta avaliar o equívoco também nesta terceira etapa para aplicação da proporcionalidade**. Para tanto, em termos da teoria alexyana existem duas leis que conduzem a ponderação. A primeira: *quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio  $P_i$ , maior deve ser o grau de importância de realização do outro princípio  $P_j$* . A segunda: *quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam* [2]. Vale lembrar que a tormentosa Fórmula Peso refinada tem a sua base formal a partir dessas duas leis. Ilustrativamente:

Reprodução



$$P_{i,j} = \frac{P_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{P_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Numa dimensão avaliativa, seria difícil — senão impossível — alguém negar a intervenção *grave* que **a liberdade sofre quando a pessoa é conduzida à prisão**. Naquele ato o cidadão perde a sua liberdade. Para fins de clareza, há uma necessária *sobreposição* [3] entre liberdade e presunção de inocência, ao ponto que ambos os direitos assumem a mesma identidade na ponderação. De outro lado, a soberania dos veredictos deve ser considerada. Deixar de conduzir à prisão o condenado após a decisão do tribunal do júri não importa em ignorar, naquele ato, a soberania do veredito, o que continuará a ter o seu valor na apreciação do caso em grau recursal. Nesse sentido, a intervenção poderia ser considerada, num exercício de alteridade ao voto do ministro Barroso, no máximo média.

Pode-se notar que a intervenção ao direito de liberdade, sendo forte ( $P_i = 2^2 = 4$ ), é mais pesada que a satisfação da soberania do júri, entendida como média ( $P_j = 2^1 = 2$ ). A condução do acusado à prisão após o veredito seria, portanto, já neste item, desproporcional. Portanto, contrário à tese do ministro.

Seguindo a consideração da certeza das premissas, o refinamento da Fórmula Peso não traz mais sorte à conclusão do voto do ministro Barroso. Para tanto, deve-se analisar as certezas das premissas justificadoras, o critério comparativo de outras medidas de intervenção igualmente possíveis e **o quanto a fundamentabilidade do princípio é afetada ou otimizada**. Esse racional determinará o grau atribuído às importâncias de intervenção e concretização, seguindo a escala triádica proposta por Alexy.

Do ponto de vista da argumentação sobre as certezas, é *certo* que a condução da pessoa à prisão **intervém de maneira forte à sua presunção de inocência** e, portanto, liberdade ( $R_i^e = 2^0 = 1$ ). Em comparação, existe certeza apenas sobre a intervenção pelo menos média à soberania dos veredictos. Isso porque não se pode dizer que eles deixam de existir ou ter valor na ordem jurídica com a não condução à prisão. Júri continua sendo Júri e soberano com ou sem condução do réu à prisão. Aliás, nesse sentido, a soberania do veredito continua ter a mesma importância em grau recursal para definir os fatos e a responsabilidade penal. Portanto, é *certo* ( $R_j^e = 2^0 = 1$ ) que a intervenção à soberania dos veredictos implica uma intervenção média.

Sendo mais simples: quanto à soberania dos veredictos do Júri, percebe-se que a sua fundamentabilidade não se relaciona com a imediata prisão, **mas sim com a soberania para definir os fatos e a responsabilidade penal**.

No que tange à avaliação quanto à certeza sobre as premissas normativas ( $R^n$ ), é *certo* tanto na doutrina quanto na jurisprudência que os direitos envolvidos — presunção de inocência e a soberania dos veredictos — são contemplados pela Constituição. **Logo, ( $R_i^n$  e  $R_j^n = 2^1 = 2$ ).**



Diante de tudo isso, a **Fórmula Peso** adquire a seguinte formatação [4]:

$$P_{i,j} = \frac{P_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{P_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n} = P_{i,j} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 2}{2 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 2} = \frac{16}{8} = 2$$

Observemos a complexidade das teses alexianas. Podemos não concordar, mas temos de reconhecer a sua profundidade. E ao fazer esta exposição, não se pretende nenhum exercício de erudição ou desrespeito aos usos não adequados. Quero apenas trazer a discussão a um patamar que a teoria merece. E reforçar a própria doutrina e seu papel epistemológico — em um país em que a doutrina mais se coloca como caudatária da jurisprudência.

Sigo. Fica muito claro que a lei de colisão decorrente da aplicação da Fórmula Peso refinada **implica a preponderância da presunção da inocência no caso: C (P<sub>i</sub> P P<sub>j</sub>)** [5]. Essa norma de precedência condicionada sustenta o acerto da decisão do STJ (Superior Tribunal de Justiça) ao garantir o direito do réu em responder em liberdade. E o equívoco do voto do ministro Barroso. Portanto, se ponderarmos, chegaremos à conclusão contrária a que chegou o ministro.

Mas o equívoco do voto do ministro Barroso não para por aqui. Ao ponderar ignora também o ônus argumentativo consoante a Teoria da Argumentação [6] Jurídica do próprio Alexy. Apenas a reduzido título de exemplo em razão do espaço deste artigo, cito as regras da TAJ 1.2.j.2.5, 2.2.5.j.6, 2.2.5.j.7 e 2.4 [7]. Nesse sentido bastaria uma lida do artigo de Luís Roberto Barroso, enquanto professor da Uerj (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) [8]. Essa exigência — a do ônus argumentativo —, aliás, passou a ser condição legal para validade da fundamentação pelo advento do artigo 489, § 2º do CPC.

Vê-se assim, que, a exemplo do que muitos alunos meus já provaram, o STF e os tribunais falam em Alexy e não demonstram o que quiseram fazer [9]. Aliás, com a devida vênia e invocando o princípio da caridade epistêmica (tão bem trabalhado por Davidson e Blackburn), **essas questões teóricas se repetem em outras áreas do direito, como é o caso do uso dos precedentes (ver aqui)** sobre o que tenho falado insistentemente.

Mas o voto tem ainda mais problemas:

(1) O problema do uso das estatísticas, transformando o direito em consequencialismo;

(2) Como se sabe, nunca foi proibido prender depois de decisão de segundo grau. Nem a liberdade é automática para recorrer e nem a prisão pode ser obrigatória-automática. O voto do ministro dá ares de automaticidade à prisão se a decisão vier do Júri. E isso fere o precedente vinculante; e



(3) a decisão dá a entender que é função do Judiciário combater o crime. Consequencialista mais uma vez, pois.

O último e não menos importante equívoco é a pretensão de fazer *interpretação conforme à Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*) do dispositivo que diz que penas acima de 15 anos tem cumprimento imediato. Aqui tenho de falar sobre o "elefante na sala" que é a Lei 13.964/19, que retira do recurso de apelação o caráter suspensivo em condenações pelo Tribunal do Júri que tenham resultado em penas maiores de 15 anos.

Aqui o voto comete o pecado da jurisdição constitucional, **que é de mascarar uma legislação pelo judiciário como controle de constitucionalidade incidental**. Seu argumento é de que a lei não deveria limitar a execução da pena para casos de condenação igual ou maior a 15 anos. Na sua opinião, a regra deveria valer para *qualquer condenação*, e assim ele propõe essa discussão em seu voto.

Respeitosamente, pergunto-me indagar: onde está a interpretação conforme à constituição no raciocínio? O legislativo aprova lei definindo; **o magistrado não concorda com a lei e determina uma nova lei (!)**? Porque prisão após condenação em qualquer caso no tribunal do júri não era o que estava previsto na *novatio legis*, mas assim quis o ministro.

Outra vez pergunto: qual é a legitimidade que um magistrado tem para alterar a letra da lei colocando outra letra no seu lugar? Interpretação Conforme tem limites. O que muda na interpretação conforme é a norma (sentido do texto), mas o tribunal não está autorizado a colocar outra "letra no lugar".

Isso sem entrar no mérito da lei em si, a qual, **mesmo estipulando os 15 anos mínimos de pena, ao meu juízo seria inconstitucional mesmo assim**, pois viola o princípio da presunção de inocência da mesma forma. Em outras palavras, **se existe inconstitucionalidade, essa está em dizer que penas de 15 anos mandam prender automaticamente**. A inconstitucionalidade reside no inverso do que disse o ministro.

Numa palavra final, são dias difíceis para os constitucionalistas (e processualistas penais e para os advogados de Júri). Um dia, o Supremo Tribunal quer exaltar o Júri, assegurando a importância de se executar as penas o quanto antes assim que haja condenação. Já no outro dia (em que escrevo este texto), leio que o ministro Dias Toffoli, discutindo a questão da "defesa da honra" e sua utilização para crimes contra a vida (em sua maioria feminicídios) em Tribunais do Júri no julgamento da ADPF, afirma que esse sistema precisa acabar. Cláusula pétrea em perigo, pois.

A questão poderia ser posta assim? "Deve-se extinguir o júri, mas enquanto ele for 'soberano', que seja 'eficiente' e mande o máximo de pessoas para a cadeia sem direito a nem mesmo um recurso de apelação?" Vejam o quão desproporcional pode ficar a aplicação da pena. O exemplo é de Aury: se alguém for condenado por estupro, latrocínio com resultado de morte ou qualquer outro crime, não vai preso automaticamente, pois tem direito ao recurso de apelação. Já no júri, se for tentativa, não importa. Vai preso de pronto. Vejam o problema que isso pode criar para o direito brasileiro.



Deixo esta "apelação" — com requerimento de uma cautelar epistêmica — para que o judiciário não desmantele a presunção de inocência mais uma vez e não legisle em sede de recurso extraordinário.

**O instituto da repercussão geral não pode ser uma carta branca para magistrados legislarem**

. Precedentes também não são feitos para o futuro. Não são leis gerais. Precedentes importam, princípios importam. Levemos eles à sério.

É meu apelo. Que espero admissibilidade. E, mais uma vez: "- Tribunais, oiçam a doutrina". Os esforçados doutrinadores desejam ser ouvidos. Para colaborar na construção de uma justiça melhor.

Mas se os doutrinadores não forem escutados, essa raça vai rumo à extinção.

*Post scriptum*: quando invoco a **caridade epistemológica**, falo principalmente de Donald Davidson (muito bem estudado por Laura Patrício de Arruda, na dissertação *Interpretação Radical e Princípio de Caridade: conceitos-chave da filosofia de Donald Davidson*). O referido princípio é algo que rege a interpretação dos outros e impõe ao intérprete uma maximização da verdade ou a racionalidade daquilo que o sujeito diz. Davidson defende a possibilidade de falar em objetividade, uma vez que, se a comunicação entre pessoas ocorre, então é porque uma parte considerável do que partilhamos é comum. A primeira pessoa perde seu privilégio ontológico e epistemológico e passa a ser vista como um polo em relação com o mundo e com as outras pessoas, pois o homem está inserido em um mundo social e natural, interagindo com ele.

No fundo, é o que busco nos meus textos.

[1] Aqui um registro: em meus seminários de doutorado, meus orientandos têm feito trabalhos aprofundados sobre a teoria alexiana, com a preocupação de levar a sério a profundidade e a complexidade da obra do mestre alemão. Concordando ou não com as suas teses. Uma tese foi premiada pela Capes — Fausto de Moraes, como explicado em nota abaixo — e recentemente quem defendeu brilhantemente seu trabalho foi Pietro Lorenzoni (Jurisdição Constitucional de Crise — GEN Editora), incansável estudioso de Alexy. Ambos colaboraram com a formatação da complexa Fórmula Peso. Em termos profissionais-advocáticos, utilizei a Fórmula Peso em mais de uma vez em pareceres jurídicos ([por todos, o parecer em anexo](#)).

[2] ALEXY, Robert. Princípios formais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9.

[3] Alexy vai falar da dificuldade em definir com mais precisão os direitos ponderados em determinados casos, razão pela qual um dos direitos considerados é representativo do outro.

[4] Este é o resultado matemático da fórmula peso, no qual demonstra que o princípio da presunção de inocência adquire preponderância no caso concreto.



[5] A conclusão, que coloca o resultado do caso em análise na regra de precedência condicionada alexyana, demonstra como prevalece a presunção de inocência e ordena a consequência jurídica primada.

[6] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017, especialmente a proposta sobre a argumentação jurídica de Alexy.

[7] (j.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento. (j.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação. (j.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos. (2.4) trata sobre as regras do uso dos precedentes, visto que certamente a *ratio decidendi* do precedente da ADC 44, 54 e 55 não foi enfrentado a sério.

[8] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. In. *Revisa da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, pp. 25 – 65, p. 46.

[9] Por todos, livro de Fausto Santos de Moraes (Prêmio Capes), orientado por mim, em que demonstra em 189 decisões do STF, a dificuldade de aplicação da proporcionalidade no Brasil e a inclinação do uso arbitrário desse conceito. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 3.ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

#### **Date Created**

03/07/2023