

ANÁLISE COMPARATIVA DO VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI NO HC 126.292 E NAS ADCs 43, 44 E 54 ANTE A PERSPECTIVA DE UM ATIVISMO ADVINDO DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO

Caio Eidam Sanches (PIC/CNPq/FA/UEM) e José Carlos Coli Junior (PIC/CNPq/FA/UEM), Alessandro Severino Valler Zenni (Orientador) e Gustavo Noronha D'Ávila (Coorientador). E-mail: asvzenni@uem.br e gnavila2@uem.br.

Universidade Estadual de Maringá, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Maringá, PR.

Ciências Sociais Aplicadas, Direito, Teoria do Direito /Teoria Geral do Direito, Direito Público /Direito Penal e Direito Processual Penal

Palavras-chave: presunção de inocência; Supremo Tribunal Federal (STF); análise pragmática do discurso.

RESUMO

Essa pesquisa pretende analisar o discurso do Ministro Dias Toffoli e as teses abordadas no HC 126.292, ADCs 43, 44 e 54. O método utilizado para a pesquisa é bibliográfico e se utiliza da abordagem crítico reflexiva, partindo-se da análise analítico-pragmática do voto do Ministro exarado nos julgamentos, para tanto se utilizou da análise do discurso pelo prisma pragmático do Professor Tercio Sampaio. A partir de uma breve digressão histórica, faz-se uma análise dos entendimentos quanto à aplicação do princípio da presunção de inocência, ante o panorama do neoconstitucionalismo e do papel da Suprema Corte. Tais teses por vezes alteraram o entendimento sobre a aplicação do princípio causando insegurança jurídica. Por fim, o cenário contemporâneo marcado pelo *homo ludens*, frente a loteria do protagonismo judicial, deságua na crise de efetividade do direito, com entendimentos contraditórios entre si, que enquanto “vigentes/válidos”, eram reconhecidos pelo/como direito demonstrando a politização do direito ou judicialização da política.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa apontar a aparente contradição nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal em relação ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. A problemática do trabalho reside na mudança de entendimento do STF no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, ante sua (in)constitucionalidade.

Em específico, analisou-se a mudança de entendimento sobre o tema da execução provisória da pena, sendo o recorte jurisprudencial escolhido, a HC 126.292 e as

ADCs 43, 44 e 54. Tal oscilação de paradigmas traz a discussão sobre influência do denominado neoconstitucionalismo no judiciário, com ênfase na Suprema Corte. Conforme Lenio Streck, neoconstitucionalismo é um termo multifacetado, que dentre suas significações, traz consigo a característica de delegar ao judiciário uma função *ad hoc* de concretização constitucional (Streck, 2014).

Com o escopo de abordar os votos, partiu-se de uma pequena digressão acerca da evolução do pensamento jurídico, desde o direito mitológico até sua tecnicização contemporânea, de maneira alguma esgotando o tema, perpassando pela crise de sentido do (ser) humano e pela ascensão do *homo ludens*, ou seja, pelo triunfo das figuras imagéticas.

Por conta do fenômeno do neoconstitucionalismo, as Supremas Cortes acabam por ser submetidas a uma posição de destaque na constituição do direito, o que deu azo ao fenômeno descrito por Oscar Vilhena Vieira, a Supremocracia que envia, por falta de atividade do legislativo, a responsabilidade legislativa ao judiciário, fazendo o Supremo Tribunal Federal tomar a posição de Soldado da Constituição e não de Guardião como deve ser.

Utilizou-se como hipótese de incidência do neoconstitucionalismo, e suas decorrentes consequências, a discussão acerca princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e o art. 283 do Código de Processo Penal tratando sobre o momento em que é possível a execução provisória da pena, utilizando um aporte teórico de doutrinadores como Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli, Pedro Lenza, entre outros autores.

Analisando o histórico do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tem-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 houve mudança no entendimento sobre a execução provisória da pena quatro vezes, sendo a análise do trabalho focada na mudança de posição dos votos proferidos pelo Ministro Dias Toffoli no HC 126.292 e nas ADCs 43, 44 e 54, com a exposição e análise pragmático-hermenêutica dos votos utilizando-se dos autores Chaim Perelman, Olbrechts-Tyteca e Tércio Sampaio Ferraz Junior para entender a argumentação e a situação comunicativa fruto dos julgamentos.

Após a análise pragmática do discurso utilizado nos votos foco deste trabalho, desaguou-se em uma provocação quanto ao campo “empírico-pragmático”, pois um caso relativamente simples de decidir, afinal a lei é/era espelho da constituição, permitiu decisões controversas entre si e entre os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal. Demonstrando que o momento histórico/político demarcado pela operação “Lava Jato” permitiu uma sobreposição do da Corte Política quanto à sua função constitucional, politizando o direito.

REVISÃO DE LITERATURA

A pesquisa utiliza-se, predominantemente, do método bibliográfico e a partir de uma análise teórica da dogmática se busca proporcionar uma perspectiva crítico-reflexiva sobre a discussão acerca da execução provisória da pena.

Utiliza-se, para tanto, os dados e arquivos públicos provenientes dos sites dos tribunais tendo como foco os votos do ilustre ministro Dias Toffoli no HC 126.292 e nas ADCs 43, 44 e 54, bem como da legislação e doutrina.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ao desenvolver do trabalho se percebeu que o princípio da presunção de inocência, por ser implícito na Constituição de 1988, desenvolve-se na jurisprudência por meio da atividade judicial, em especial a análise dos votos do Ministro Dias Toffoli e suas mudanças de posição quanto ao tema da possibilidade da execução provisória da pena por três vezes em um curto período, são objetos que aos nossos olhos evidenciam a ocorrência do neoconstitucionalismo e em especial o fenômeno denominado “Supremocracia” é um dos fatores que jogam a responsabilidade do legislativo ao judiciário, muito por conta da politização do direito e judicialização da política, fatores que geram discussões acerca da segurança jurídica e efetividade do processo penal uma vez que todos esses fatores geram um certo ativismo por parte dos magistrados.

CONCLUSÕES

Conclui-se no trabalho que com o caráter “supremocrático” do Supremo Tribunal Federal, este é levado a tomar decisões legislativas para suprir lacunas deixadas pelo poder legislativo, não sendo este um fenômeno jovem. Essa carga de responsabilidade que originalmente não era do poder judiciário recai sobre os magistrados em uma realidade neoliberal e tecnológica que influencia diretamente na tomada de decisões e discernimentos dos magistrados. Quando olhamos por exemplo o que ocorreu no cenário político com a Operação “Lava Jato”, houve uma quebra de paradigma em que se verificou o poder da mídia na influência de julgamentos.

Contudo, chegamos a conclusão que o neoconstitucionalismo frente a loteria do protagonismo judicial, aliada a salsicharia jurídica, marcado pelos papéis das supremas cortes nas democracias contemporâneas, desagua na crise de efetividade do direito, esta, proposta por Tércio, advém da filosofia do *homo laborans* e sua contradição normativa. Podendo ser definida como uma constante estrutura dialética que possibilita a manipulação/alteração entre objeto e contradição, sem alterar a função normativa.

Por fim, ressalva-se que tal contradição não se trata de uma regra de validade, pois essa é legitimada pelo direito e seus personagens (advogado, promotor e magistrado), mas sim de uma crise de efetividade, resultante de uma desconfiança de que mediante a crença/*ratio* na lei os problemas sociais, políticos e econômicos possam ser resolvidos.

Assim, mediante a pressão externa e interna de campo jurídico, aquilo que deveria ser entendido como promessa/proposta constitucional, esvai-se em angústia e ansiedade de que se faça justiça, tal qual seria inominada e inalcançável, não bastando o que o próprio sistema jurídico expressa, mas a conveniência do momento quanto a interpretação do princípio implícito da presunção de inocência.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos aos nossos orientador e coorientador pelo frutífero auxílio prestado para que fosse possível a confecção deste trabalho.

REFERÊNCIAS

Livro

JR., Tercio Sampaio F. **Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522494446. Disponível em:
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494446/>. Acesso em: 24 abr. 2024.

JR., Tercio Sampaio Ferraz. **O Direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

PERELMAN, Chaïm &: OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. [prefácio Fábio Ulhôa Coelho: tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Artigo de revista

VIEIRA, O. V., & BARBOSA, A. L. P. (2018). **DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL**. Novos Estudos CEBRAP, 37(3), 375–393.
<https://doi.org/10.25091/S01013300201800030003>. Acesso em 10 de agosto de 2025.