



## **O HABEAS CORPUS N. 191.836: CONSEQUÊNCIAS, INTERPRETATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO**

### ***HABEAS CORPUS N. 191.836: CONSEQUENCES, INTERPRETIVISM AND CONSEQUENTIALISM***

André Emílio Pereira Linck<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa repercutir a decisão do Ministro Marco Aurélio no *Habeas Corpus* n. 191.836, que veio a colocar em liberdade André Oliveira Macedo, de alcunha “André do Rap”, líder do Primeiro Comando da Capital (PCC), condenado duas vezes por tráfico transnacional de entorpecentes. Também será analisada a nova decisão tomada pelo plenário da Suprema Corte brasileira, seus desdobramentos e algumas reflexões que visam trazer as consequências desta decisão no mundo fático e jurídico e, por fim, possíveis relações (ou não) com o consequencialismo ou com interpretativismo jurídico. Método dedutivo.

**Palavras chaves:** *Habeas Corpus*. Consequências. Interpretativismo. Consequencialismo.

**Abstract:** This article aims to reflect the decision of Minister Marco Aurélio in *Habeas Corpus* n. 191.836, who released André Oliveira Macedo, nicknamed “André do Rap”, leader of the First Capital Command (PCC), twice convicted of transnational drug trafficking. Also addressed will be the new decision taken by the plenary of the Brazilian Supreme Court, its developments and some reflections that aim to bring the consequences of this decision in the factual and legal world, as finally possible relations (or not) with legal consequentialism or with interpretativism.

**Keywords:** *Habeas Corpus*. Consequences. Interpretativism. Consequentialism.

### **Introdução**

Serão abordadas nestas linhas os desdobramentos e consequências da decisão tomada monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio no *Habeas Corpus* n. 191.836, que concedeu liberdade provisória a André Oliveira Macedo, de alcunha “André do Rap”. Também será analisada a decisão colegiada pelo plenário da Suprema Corte brasileira que veio a cassar a decisão isolada.

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutorando em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS; Especialista em Direito Eleitoral e Processo Civil. Membro da ABRADep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político; do IGADe – Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral e da Comissão Estadual de Direito Eleitoral da Seccional do RS da OAB.



A partir deste cenário, isto é, do diagnóstico das consequências ocorridas no mundo fático e jurídico deste *decisum*, buscará se responder ao seguinte problema: há compatibilidade entre o consequencialismo jurídico com esse episódio?

No primeiro capítulo detalharemos o caso em si, ou seja, dados técnicos da decisão ora analisada; no segundo capítulo faremos análise sobre consequências e consequencialismo e no terceiro capítulo, buscaremos responder o problema a partir do interpretativismo, com ênfase na obra de Dworkin.

A metodologia empregada é a dedutiva, a partir da análise da decisão tomada na Corte Suprema monocraticamente e colegiadamente, bem como da doutrina abalizada sobre o consequencialismo jurídico e do interpretativismo, a partir de Dworkin.

## **1 O Habeas Corpus n. 191.836 e suas circunstâncias**

A decisão ora analisada neste artigo foi geradora de uma grande polêmica, pois concedeu liberdade provisória a André Oliveira Macedo, de alcunha “André do Rap”, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

O objeto da decisão decorre da polêmica soltura do líder do Primeiro Comando da Capital (PCC), condenado duas vezes por tráfico transnacional de entorpecentes (art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06) a 10 anos, 2 meses e 15 dias numa e 15 anos, 6 meses e 20 dias noutra ação penal, inclusive com julgamento em segunda instância por intermédio de decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A decisão restou assim ementada:

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – SUBSISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. (BRASIL, 2020)

O dispositivo legal argumentado pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, como violado pela Autoridade Coatora *in casu* é o 316, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime).

Primeiramente, para que se contextualize a problemática apresentada neste *habeas corpus*, é imperioso que se traga à evidência a decisão proferida pelo Presidente da Suprema Corte brasileira, Ministro Luiz Fux na Medida Cautelar na Suspensão de



Liminar nº 1.395/SP, na admissão do incidente, com interpretações claramente circunstanciais, tanto na admissão quanto no mérito do recurso para, a partir destas premissas, revogar *ad referendum* a liminar concedida pelo seu colega de Corte. Providência um tanto embaraçosa.

Acerca do cabimento da medida, o Presidente do Excelso Pretório não hesitou em afirmar que os elementos particulares são de grande repercussão social e de grande necessidade de garantir a ordem pública:

Deveras, não se trata aqui de se admitir um mecanismo de uniformização de jurisprudência sob a responsabilidade da Presidência, o que jamais seria admitido considerada a natureza de suas funções. Pelo contrário, trata-se de exercício de competência jurisdicional conferida ao Presidente pela Lei e pelo Regimento Interno do STF, para excepcionalmente suspender os efeitos de medida liminar proferida por relator deste Tribunal mediante satisfação de dois requisitos cumulativos:

- 1) desconsideração dos pronunciamentos colegiados desta Corte; e 2) potencialidade de grave insegurança jurídica e conturbação da ordem pública. Assentado, pois, o cabimento do presente incidente, passo à análise do mérito. (BRASIL, 2020)

Por sua vez, ao adentrar no mérito do recurso, alegando as razões para se suspender os efeitos da liminar proferida em *habeas corpus* de forma monocrática, o Ministro Fux foi enfático em analisar a razão da ameaça, tanto sob o aspecto da periculosidade do paciente (que logo após liberado empreendera fuga), como também o caráter irradiador do impacto que essa decisão pode gerar na jurisprudência dos demais Tribunais do país.

Assentados esses pressupostos fáticos, é inequívoco, no caso *sub examine*, que a soltura de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO compromete sobremaneira a segurança e a ordem pública, especialmente considerando os seguintes fundamentos:

- 1) Subsistem os motivos concretos que levaram à decretação e à manutenção da sua prisão preventiva;
- 2) Trata-se de agente altíssima periculosidade comprovada nos autos;
- 3) Há dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas;
- 4) O investigado compõe o alto nível hierárquico na organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC, e
- 5) O investigado ostenta histórico de foragido por mais de 5 anos, além de outros atos atentatórios à dignidade da jurisdição.

Por fim, dois aspectos são relevantíssimos:

- a) Os fatos que se seguiram à soltura de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO, no último dia 10.10.2020, explicitam o grave dano já consumado à segurança e à ordem pública. Afinal, após o cumprimento da decisão liminar impugnada, **ANDRÉ não se dirigiu ao endereço domiciliar por ele mesmo indicado,**



em ato patente de má-fé e desprezo quanto à autoridade deste Supremo Tribunal Federal. É que se tornou público e notório que se dirigiu a local incerto e não sabido, permanecendo mais uma vez foragido e impedindo o cumprimento do novo mandado de prisão contra ele expedido;

b) Não se pode desconsiderar o efeito multiplicador que as decisões do Supremo Tribunal Federal irradiam por todo o Poder Judiciário, sejam elas monocráticas, sejam elas colegiadas; sejam elas vinculantes, sejam elas não vinculantes. Com efeito, qualquer pronunciamento do Supremo Tribunal Federal dispõe de considerável efeito persuasivo sobre os mais de 20 mil juízes brasileiros, que poderão vir a analisar casos idênticos no exercício de suas respectivas jurisdições. (BRASIL, 2020)

Neste sentido, iniciamos a partir do conceito doutrinário sobre as imputações que pairam sobre o paciente, que é o tráfico transnacional de entorpecentes (cerca de quarenta toneladas) artigo 33, *caput* c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06, através das ponderações de Nucci (2007, p. 341):

**Tráfico internacional de entorpecentes:** quando se tratar de delito à distância, aquele que começa no Brasil e termina no exterior, ou reciprocamente, não somente é crime da competência da Justiça Federal (art. 109, V, CF), como também comporta elevação da pena de um sexto a dois terços. De fato, parece-nos mais grave a conduta daquele que mantém vínculos com o exterior para disseminar a droga por vários lugares do mundo, motivo pelo qual é justificado o aumento. Entretanto, não há necessidade de lucro, pois o tipo penal não exige. É óbvio que, como regra, existe *comércio* no tráfico internacional de entorpecente, logo, lucro, porém não é este indispensável.

Observa-se aqui de pronto que não se busca debater nenhuma negociação sobre relativizar a supremacia dos direitos e garantias individuais, muito pelo contrário, impõe-se referir que existe em realidade uma demanda pragmática que permeia inexoravelmente o mundo jurídico que são os problemas práticos cotidianos. Assim, valendo-se dos ensinamentos de Schuartz (p.47):

A delicada operação de reconciliação entre dogmática jurídica e consequencialismo jurídico requer, inicialmente, a ampla condicionalização das normas de direito positivo que se apresentem na forma de prescrições da realização de objetivos (e. g., princípios jurídicos ou "programas finalísticos"), i. e., sua reestruturação enquanto normas do tipo "Se X, então dever-ser Obj Y", seguida pela redescrição da condição X de modo que a verificação da sua ocorrência pelo julgador nos casos concretos dependa, predominantemente, da investigação de fatos pretéritos à conduta sub judice. Um exemplo bastante sutil de como isso pode ser feito (bem como das dificuldades e dos riscos envolvidos) encontra-se no direito de defesa da concorrência, em que prescrições de objetivos de difícil operacionalização em processos de aplicação do direito (e. g., a maximização do bem-estar social no controle de concentrações econômicas) foram sendo substituídas



por regras e procedimentos relativamente simples de decisão (e. g., os guias ou algoritmos de análise, mundialmente difundidos, elaborados pelas autoridades competentes) cuja implementação, por sua vez, é substancialmente dependente do recurso a fatos passados para a enunciação de prognósticos acerca de eventos futuros (e. g., a consideração dos volumes de importações passadas como prova de que importações futuras serão capazes de inibir exercícios de poder de mercado pelas firmas participantes na concentração avaliada). (SCHUARTZ, p. 47)

Diante deste contexto, o que se pretende analisar neste primeiro capítulo, de forma singela, a partir da demarcação e das premissas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na Cautelar de Suspensão de Liminar nº 1.395/SP é a de harmonizar os direitos e garantias fundamentais e as consequências da decisão, em estado puro, pois o bem jurídico tutelado no *habeas corpus* em exame é uma possível colisão existente entre prisão excessiva (advinda da literalidade de disposição legal) com as consequências inarredáveis de colocar em liberdade um cidadão julgado (e condenado) em duas instâncias e incontrovertidamente traficante transnacional de drogas de altíssimos volumes e membro de uma das facções criminosas mais perigosas do país: o PCC (Primeiro Comando da Capital).

Nesta linha de ponderação dos direitos e garantias fundamentais da sociedade e das vítimas (já citadas em Fischer e Valdez), passa também pela ideia de bem jurídico supra-individual, o que, trabalhados por Leal (2020, p. 102):

Esta é uma perspectiva interessante para fundamentarmos a importância e legitimidade da ideia de bem jurídico supra-individual, melhor do que a vinculada ao conceito de Contrato Social e fim do Estado, porque, mesmo que se tome este contrato social na perspectiva de sua natureza cooperativa entre partes iguais e para o futuro, à realização de fins além da mera conservação do que já existe em termos de posição original (Gracia Martín), temos que o fundamento de maior peso a justificar que o Direito Penal se ocupe de bens jurídicos transindividuais não é o decorrente das obrigações contratuais firmadas pela cidadania e Estado – pois estas poderiam e são reguladas, também, por outros campos normativos que não o penal (o civil, o administrativo, o societário, etc.), e podem variar de acordo com estratégias de coalização de interesses hegemônicos (lícitos ou ilícitos), mas as razões de justificação e fundamentação da própria existência de bens difusos e coletivos indisponíveis à natureza humana e à Sociedade como sujeitos de direito, os quais são de tamanha relevância à existência de todos, e por isto merecem atenção e guarda dos meios e instrumentos possíveis de sua não violação e efetivação. (LEAL, 2020, p. 102).



Entende-se que a hipótese em apreço possui bem jurídico trans-individual típico, pois trata de caso que possui tamanha relevância que justifica atenção e guarda dos meios possíveis da sua efetivação, exatamente nos termos trabalhados por Leal em sua recente obra (2020, p. 102).

Ora, é evidente que uma decisão, ainda mais monocrática, que venha a conceder ordem em *Habeas Corpus* a indivíduo com essa trajetória criminal traria consequências tanto no mundo jurídico quanto no fático de grandes proporções.

E, evidentemente, na demanda presente não seria diferente, principalmente porque desafia um caso fático que envolve o artigo 316 do Código de Processo Penal a partir da redação dada pela Lei Federal n 13.964/19, no sentido de prever uma necessidade de justificar a causa da manutenção ou relaxamento da prisão a cada noventa dias, sob pena da prisão preventiva tornar-se ilegal, como ensina a doutrina:

O juiz pode revogar a prisão preventiva de *ofício*, durante o curso do processo ou da investigação, ou por pedido das partes, se perceber a falta de justa causa para essa cautelaridade. Admite-se a nova decretação se houver fundamento para isso. A parte inédita é a obrigação de o juiz *revisar* a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, por meio de decisão *fundamentada* (calcada em provas existentes nos autos), fazendo-o de *ofício*. Se assim não fizer, tornará a prisão ilegal (NUCCI, 2020, p. 86).

Neste panorama, se encontram diversas particularidades complexas que envolvem inúmeros fatores para diagnosticar a melhor solução para a coletividade, que inegavelmente é a segurança pública de manter um criminoso de inquestionável periculosidade preso.

E, com base nas consequências explícitas do ocorrido no presente caso concreto, empreendimento do paciente em fuga<sup>2</sup>, restou evidente a necessidade de o Plenário do Supremo Tribunal Federal agir com vistas a garantir o resguardo da ordem pública.

Observa-se que no presente cenário, há ainda que referir uma série de tutelas que merecem ser atendidas em casos desta envergadura, como por exemplo, o direito das vítimas, o que tem sido objeto de estudos da academia de forma muito incisiva no sentido deste compartilhamento de responsabilidades, como bem nos ensina a doutrina:

É importante deixar claro que a tutela das vítimas que se extrai da jurisprudência de direitos humanos, e que aqui se faz referência, não abrange apenas a necessária consideração da pessoa ofendida pelo delito em relação a

<sup>2</sup> <https://istoe.com.br/solto-por-marco-aurelio-andre-do-rap-teria-fugido-para-o-paraguai/>



quanto pode ocorrer no curso do procedimento penal, ou seja, aos seus direitos e interesses no interior do processo. O fator que impulsiona a afirmação das obrigações estatais de esclarecer os crimes se relaciona, mas propriamente, com a exigência de salvaguarda da vítima que se realiza por intermédio do mecanismo penal; o que permite reconhecer um direito das pessoas agredidas à colocação em prática de procedimento penal adequado e efetivo, sempre que tenham sido submetidas a violações relevantes em seus direitos fundamentais. Tal direito pode ser compreendido como a contraface do dever das autoridades públicas de fazer luz sobre práticas criminosas quando esteja em questão os bens fundamentais reconhecidos pelas convenções de direitos humanos (FISCHER; VALDEZ, 2019, p. 106-107)

Observamos a partir dos recortes doutrinários acima, em harmonização com a própria decisão do Ministro Marco Aurélio, ora em estudo, que diversas ponderações sobre o conflito de direitos e garantias fundamentais podem ser desenvolvidas com êxito.

Todavia, buscar-se-á neste trabalho compreender /o fenômeno ocorrido neste *Habeas Corpus*, sobre a sua harmonização hermenêutica, isto é, com sua compatibilidade, ou não, com o consequencialismo jurídico e o interpretativismo.

Diante disto, a partir desta celeuma colocada, que resultou em uma notável polêmica até mesmo *interna corporis* entre Ministros da Corte, e com a soltura de um indivíduo de inquestionável periculosidade, causando perplexidade notória na sociedade, faremos esta investigação jurídica acerca da compatibilidade da decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio com o consequencialismo, na sequência.

## 2 Consequências e consequencialismo

Assim, sobre as premissas retro elencadas, cabe iniciar o diagnóstico acerca da existência, ou não, de relação do caso em estudo e o consequencialismo jurídico. Convém estabelecer a demarcação deste conceito a partir de Schuartz, referido por Christopoulos (2015, p. 7), no sentido de que o consequencialismo jurídico é “*qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas*”.



É possível estabelecer algumas diretrizes: a principal delas inequivocamente é a necessidade do legislador incluir o consequencialismo no ordenamento jurídico para impor ao intérprete da lei (o Juiz) restrições ao livre exercício do seu ofício.

É bem verdade, portanto, que a hediondez do delito suscita *de per se* medidas prudentes para a garantia da ordem pública e traz para o epicentro do debate o diálogo travado entre as consequências da decisão e os direitos e garantias fundamentais (a liberdade do paciente).

Contudo, vemos que quanto ao consequencialismo propriamente dito, há que se resistir à tentação de relacionar consequências de uma decisão necessariamente ao conceito de consequencialismo jurídico.

Isso porque o consequencialismo propriamente dito, enquanto definição, e mesmo positivado na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), não diminui a margem de insegurança no âmbito de sua aplicabilidade.

Com isso, o dispositivo dos artigos 20 e 21 do Decreto-Lei n. 4.657/42, se mal interpretados do ponto de vista judicial e administrativo podem até mesmo ampliar aspectos que buscaram combater, expandindo os espaços para mais discricionariedades e arbitrariedades, a partir da intensidade do consequencialismo a ser aplicado: se mais forte ou mais fraco.

Neste sentido, acerca da intensidade do consequencialismo, o próprio Christopoulos (2015, p. 23) assim argumenta:

i) se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis; ii) se argumentos consequencialistas podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, ou quando, por exemplo, há uma regra específica tratando da matéria; iii) no conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, quais devem prevalecer; iv) que tipo de argumento consequencialista pode ser considerado no direito, apenas consequências jurídicas podem ser consideradas, ou também consequências econômicas, v) como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos)

Observamos, portanto, aqui que o consequencialismo, enquanto teoria de decisão capaz de solucionar o problema existente no *Habeas Corpus* n. 191.836, não



seria o justificador da decisão monocrática, muito embora as suas consequências sejam de fato perplexas e em certa medida muito discutíveis.

Surge daí uma necessária reflexão sobre como as ferramentas que o intérprete do direito deve utilizar para alcançar os melhores resultados e como estas são operadas, principalmente, porque a premissa principal da lógica jurídica trabalhada no presente artigo é que para toda a decisão judicial há necessariamente uma consequência no mundo fático, sendo ela positiva ou negativa.

O consequentialismo, neste aspecto, não se apresenta como novidade inserida, por exemplo, a partir das alterações processadas na LINDB, mas como um expediente que os Tribunais sempre lançaram mão em momentos que impõem modulações dos efeitos decisórios, por exemplo:

A verificação das consequências não se trata de novidade no Direito brasileiro, até porque a jurisprudência há tempos utiliza a percepção consequential quer para modular efeitos em discussões de validade de legislação ou mesmo como forma de equilibrar os impactos das decisões. Trata-se de equilibrar meios jurídicos e fins normativos. A doutrina em dois grandes momentos invoca a importância da análise das consequências. Em primeiro, no controle da dedução normativa que se faz através da consistência (precedentes), da coerência (adequação hierárquica) e das consequências (sociais, jurídicas, econômicas, políticas, pessoais). Em segundo, quando propõe dentre os modelos da realizabilidade do Direito os seguintes relevos normativos-metodológicos: i) assimilação normativa (concretização, adaptação, correção e não assimilação); ii) intencionalidade-teleológica (determinações jurisprudenciais e dogmáticas e especificações teleológicas: ratio legis); iii) fundamentos validade (interpretação conforme os princípios: ratio juris); iv) e resultado da decisão (consideração de efeitos) (MARTINS, 2019)

Isso porque o julgador, no caso o Ministro Marco Aurélio, da Suprema Corte, tem a completa legitimidade de invocar o texto legal. Podemos discordar da decisão alcançada, mas é inegável a premissa da sua legitimidade.

Portanto, há diversas inquietações a partir das reflexões lançadas: consequências práticas da decisão são menos indeterminadas que seus valores abstratos? Ou sobre as condições reais da decisão, poderia o gestor afastar as regras expressas no texto normativo? E o órgão controlador não considera as condições reais da decisão?

Com todas estas reflexões, muito embora as consequências práticas da decisão estudada sejam polêmicas, termina por ser inviável estabelecer um diálogo entre o consequentialismo jurídico e a presente decisão em *Habeas Corpus*, especialmente sob



o viés consequencialista padrão trabalhado em Christopoulos (2015, p. 6) como aquele que *avalia atos (e não regras ou motivos) como corretos caso provoquem um estado de coisas que é o melhor do ponto de vista impessoal*, pois a decisão é tomada com base na legítima invocação, pelo julgador, do texto legal, cabendo contestar o seu mérito, mas nunca a sua legitimidade.

A partir destas ideias, resta considerar que o consequencialismo jurídico não responde a pergunta, mas sim a própria noção de hermenêutica que coloca o intérprete como sujeito criador da norma, a partir da noção que a própria administração pública por ser complexa em razão da multiplicidade de possibilidades de aplicação que não há como compreender o discurso da segurança jurídica absoluta de um texto normativo, uma vez que não se trata de uma solução dedutiva e nem mesmo da concepção de que haja uma única resposta correta (muito pelo contrário), ainda que a argumentação leve a crer que seja a melhor resposta neste caso.

O trabalho pessoal de extrair do texto o sentido da norma é que se torna redundante e repetitivo, haverá sempre que se situar em uma determinada realidade diante da sua complexidade. Entra aqui o interpretativismo, como justificativa da crítica da decisão tomada no *Habeas Corpus* n. 191.836, o que faremos na sequência.

### **3 A resposta no interpretativismo**

A partir das considerações acima delimitadas, por mais tentador pareça, o consequencialismo jurídico não pode ser confundido com a perplexidade oriunda das consequências práticas de uma decisão polêmica.

Então é na hermenêutica que se pode encontrar respostas mais próximas para o fenômeno apreciado no caso em tela.

Dworkin (2012, p. 411), em sua obra *Justiça para Ouriços*, define muito bem a questão quando afirma que o *interpretativismo trata o conceito doutrinal como interpretativo; trata as afirmações dos juristas sobre aquilo que a lei diz ou exige em relação a alguma matéria como conclusões de um argumento interpretativo, ainda que a maior parte do trabalho interpretativo esteja quase sempre escondido*.



Esta é uma demarcação importante, pois aqui encontra-se respostas na hermenêutica sobre as decisões tomadas, inclusive no tangente às suas consequências fáticas com repercussões no mundo real.

Veja-se como o próprio Dworkin (2012, p. 416) responde à pergunta a partir da premissa de que o vocabulário deve seguir a argumentação política, e não o contrário:

O interpretativismo oferece uma resposta diferente, na qual os princípios da moral política têm também um papel a desempenhar. Quando vemos estas posições como teorias políticas normativas rivais, e não como afirmações rivais sobre a separação de conceitos criteriosais, podemos corrigir um erro histórico. Demasiada jurisprudência viajou de alguma declaração sobre a essência ou de qualquer conceito do direito para teorias sobre os direitos e os deveres das pessoas e dos governantes. A nossa viagem deve ser na direção oposta, o vocabulário deve seguir a argumentação política e não o contrário.

Dworkin (2012, p. 419) vai ainda mais longe fazendo o alerta dos perigos que decisões que geram perplexidade podem causar riscos, ao ensinar que *permitir que legisladores há muito eleitos decidam questões políticas, mesmo que contrafactualmente, é mais democrático do que confiar essas questões às sensibilidades morais de juízes contemporâneos não eleitos. Em qualquer caso, a jurisprudência tornar-se-ia mais desafiante e mais importante.*

Mais ainda, não se pode cotejar e examinar a espécie sem recorrer a conceitos e princípios como a razoabilidade, a ponderação e a reserva do possível, como mecanismos de solução das colisões entre direitos e garantias individuais, em inequívoca harmonização com o consequencialismo jurídico, conforme o seguinte ensinamento de Mendes (2017, p. 197) sobre a Teoria dos Princípios:

A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. E, assim, sob a reserva do possível,



examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade. (MENDES, 2017, p. 197).

Portanto, não resta dúvidas que a própria hermenêutica, especificada no interpretativismo responde a demanda e constitui-se em uma necessária ponte entre o mundo do dever ser com o mundo fático.

No caso do *Habeas Corpus* n. 191.836, cuja liminar foi deferida em decisão monocrática pelo Ministro Marco Aurélio, com todo o respeito que sua decisão merece, a consequência direta do episódio foi um verdadeiro incêndio fático-jurídico, levando à perplexidade não apenas o mundo jurídico, mas a própria sociedade, principalmente diante da inevitável consequência que ocorreria a partir da soltura do paciente: a sua fuga.

Veja-se que o interpretativismo resolve bem a questão, partindo-se da premissa que não é possível afirmar que uma interpretação é superior a outra (no *Habeas Corpus* n. 191.836 vê-se duas decisões antagônicas e igualmente legítimas dentro do sistema jurídico).

O cético interno, que aceitou as regras do interpretativismo, poderá ter bons argumentos para concluir que numa interpretação literária não é possível afirmar que uma interpretação é superior a outra. Retomemos o exemplo da personagem Scrooge. Poderíamos imaginar que duas descrições levemente distintas da personagem, uma que enfatizasse o caráter mais racional e cínico e outra que colocasse maior ênfase em sua oscilante racionalidade poderiam ser bem ajustadas à compreensão geral da obra. Por que então decretar que uma delas seria correta e outra incorreta? Dworkin sugere duas respostas possíveis para tal objeção. Uma primeira resposta simplesmente concordaria com a resposta cética interna: sim isso seria possível. Uma segunda resposta agregaria em relação à primeira uma pergunta: mas não seria então a “resposta cética neste caso” a resposta certa? Em outras palavras, a resposta certa não seria então que neste caso haveria duas respostas possíveis e, portanto, duas respostas certas? O argumento parece ser verbal e retórico, mas na verdade evidencia um elemento importante da gramática do uso dos próprios conceitos de correção e objetividade. (MACEDO, 2016, p. 83)

A decisão proferida monocraticamente no *Habeas Corpus* n. 191.836 pode ser contra majoritária (não por acaso foi voto único vencido quando da suspensão da liminar que foi submetida a plenário), como se percebe em outros precedentes citados pelo próprio Ministro Presidente Luiz Fux, mas legítima. As duas decisões são plenamente aceitáveis, embora a primeira seja causadora de perplexidade.



Veja-se que a interpretação predominante no Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, é a de que o artigo 316 do Código de Processo Penal não possui aplicação automática, isto é, não permite a soltura automática pelo vencimento da noventena inaugurada a partir da Lei n. 13.964/19, pelo contrário, exigindo sempre prudência do intérprete:

HC 184.137, Rel. Min. Edson Fachin, j. 6/5/2020, com o seguinte teor:  
“[...] Nada obstante, a não observância da normativa em vigor, no caso presente, não acarreta, ipso facto, a decretação de nulidade ou a revogação da prisão preventiva, tal como pretendido pelo impetrante. Embora a legislação determine a reavaliação da prisões preventivas, sponte propria, pelo Juízo a quo, as consequências desta inação, de índole processual, submetem-se ao consagrado princípio da *pas de nullité sans grief*, da qual se depreende que a existência de efetivo prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, grifei). [...] Sob outra ótica, revela-se oportuno, ademais, aguardar o pronunciamento do magistrado singular, mais próximo aos fatos e em melhores condições de avaliar a necessidade de manutenção ou revogação da medida extrema, evitando assim indesejável supressão de instância. Neste sentido, já me pronunciei em caso análogo, no qual se arguía a nulidade do feito e a consequente revogação da prisão em flagrante, em razão da não realização de audiência de apresentação [...]. À vista de tais considerações, entendo que não há como acolher o pleito veiculado, no que concerne à revogação da prisão preventiva. A ausência de reavaliação, a tempo e modo, da custódia cautelar, não retira do Juiz singular o poder-dever de averiguar a presença dos requisitos da prisão preventiva, cujo implemento pode ser determinado enquanto não ultimado o ofício jurisdicional. Nesse contexto, não faria sentido determinar a soltura do reclamante se a custódia preventiva pode ser renovada, imediatamente, pelo Juiz de primeiro grau. Assim, ao tempo em que reconheço a existência de constrangimento ilegal pela ausência de ato judicial que deveria ser periodicamente realizado, nos termos do art. 316, parágrafo único do CPP, não visualizo, ao menos no momento, hipótese de nulidade a autorizar a imediata revogação da prisão preventiva. É o caso, portanto, de se conceder a ordem, em menor extensão, oportunizando ao Juízo originário que reanalise a custódia cautelar imposta, a luz da normativa aplicável (art. 316, parágrafo único do CPP) e também em atenção à Recomendação 62/2020 do CNJ”. (BRASIL, 2020)

No Supremo Tribunal Federal, a Medida Cautelar de suspensão de liminar nº 1.395/SP, proferida *ad referendum* constituiu em um *saneamento* desta controversa decisão monocrática, com novas consequências, esta mais reparatória e igualmente legítima.

Por tudo isso, percebe-se que o interpretativismo verte no presente caso e impõe sempre reflexões acadêmicas sobre episódios relevantes, principalmente quando se



observa decisões polêmicas, mas legítimas, aceitáveis dentro do sistema hermenêutico decisório.

#### 4 Considerações finais

A partir das análises desenvolvidas, se observou uma série de elementos hermenêuticos interessantes que servem de suporte para avaliar o fenômeno ocorrido no *Habeas Corpus* n. 191.836, inaugurada com uma polêmica decisão liminar monocrática prolatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que foi suspensa *ad referendum* pelo Plenário da Suprema Corte brasileira.

As consequências fáticas de perplexidade social, insegurança jurídica, repercussão midiática, dentre outras, levam à tentação de relacionar estes resultados ao consequentialismo jurídico, pois ela não responde a questão à medida que não diminui a margem de insegurança jurídica, de acordo com a sua aplicabilidade.

Isto é, a intensidade do consequentialismo e a complexidade das possibilidades existentes na administração pública, nos colocam na condição de admitir e reconhecer que a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, que colocou em liberdade um sujeito de inquestionável periculosidade, é plenamente legítima e aceitável dentro do sistema legal e jurídico, muito embora seja gerador de repercussão social, midiática e de certa perplexidade e revolta popular.

Assim, o interpretativismo, a partir do que raciocina Dworkin, traça balizas mais compatíveis com o fenômeno ocorrido neste *Habeas Corpus*, a partir da leitura que embora não exista uma decisão mais correta que a outra do ponto de vista jurídico, do ponto de vista moral e político parece que quanto mais polêmica e perplexidade ela gera, com raciocínios interpretativos criativos, mais se afasta do objetivo legal.

E não se diga que apenas a lei é ou está equivocada. O intérprete também, no desempenho de seu mister pode lançar mão de princípios positivados ou implícitos.

O Ministro Eros Grau já proferira em documentário televisivo que o “*direito é uma prudência*”. A partir deste argumento, resta evidente que a academia, enquanto ciência essencial para o aprimoramento, lapidação, oxigenação e aperfeiçoamento dos raciocínios jurídicos, deve debruçar-se sobre os desdobramentos e consequências desta liminar concedida e depois revogada.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 30 abr.2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivilL\\_03/leis/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivilL_03/leis/L13964.htm)> . Acesso em: 04 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 191.836. Ana Luísa Gonçalves Rocha e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 06 outubro 2020. *Diário de Justiça*. Brasília, v. 244, out. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Carmargo. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução: Luís Carlos Borges. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento Consequencialista no Direito*. In: Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. Maceió: n.3, 2015. p. 4-27. v. 6.

FISCHER, D.; PEREIRA, F. V. *As obrigações processuais penais positivas*. Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. *O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos Teóricos e Pragmáticos (Estudos de casos)*. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LUZ, Thiago dos Santos. *O direito como ramo da moral política e o STF*. In: Boletim Científico ESMPU. Brasília n. 47, 2016, p. 213-249.



MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um esquema de Crítica Conceitual*. In: *Direito, Estado e Sociedade*. São Paulo: n.47, 2015. p. 128-155.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A integridade no Direito e os protocolos de Hércules: Comentário à Integridade no Direito (império do direito – Capítulo VII)*. In: *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: n.2, 2016. p. 71-103. v. 10.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb>>. Acesso em 30 nov. 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em 30 nov. 2020.