

BRANDURA JUDICIAL COM O PCC: OS ERROS DO LEGALISMO ABSTRATO NO TRATAMENTO DA INSURGÊNCIA CRIMINAL BRASILEIRA

BRUNO TORRANO AMORIM DE ALMEIDA¹

Algumas pessoas consideram os direitos como o componente não utilitarista da moralidade. Todavia, é necessário ser, ao menos parcialmente, utilitarista para aceitar tal consideração.² (Joseph Raz)

1. INTRODUÇÃO

Algumas decisões judiciais servem de paradigma para o adequado teste de concepções concorrentes sobre Direito e Justiça. A liminar concedida em 2020 pelo ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 191.836/SP é uma delas. Ali, o ministro acolheu o argumento defensivo de que, no caso, havia violação ao art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP)³. Como consequência, determinou que André Oliveira Macedo (“André do Rap”) – conhecido líder da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) – fosse solto.

A fundamentação da decisão monocrática, na parte em que declarou a ilegalidade da prisão, foi apenas – e o *apenas* é crucial para a compreensão do argumento – esta:

O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.

Após a soltura, houve forte reação social e institucional. Alguns celebraram a decisão como “técnica” e “não populista” (Siravegna, 2020) e defenderam-na

afirmando que “a forma é a garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal” (Quirino, 2020). Outros a enxergaram como desejável “chamado à responsabilidade” de juízes pelo Brasil afora (Adams, 2020). Pelo lado crítico, Vladimir Passos de Freitas apontou indevida interpretação literal do art. 316 do CPP e sustentou que “a pessoa e a espécie de delito não podem ser dissociadas do exame do caso, sob pena da função jurisdicional revelar-se inútil” (Freitas, 2020). Houve quem reprovasse, ainda, a manobra praticada por determinados advogados de defesa de impetrar “diversos *habeas corpus* até conseguir que a ação seja julgada por um ministro que tenha um histórico relacionado a certa interpretação da lei” (Buhatem, 2020), o que, segundo se alegou, teria acontecido na hipótese. Enfim: devido à representatividade e repercussão, a decisão entrou na rota de análises acadêmicas sobre o impacto da decisão monocrática do ministro no cenário de instabilidade colegiada do STF (Reis; Mayer, 2021).

Não demorou para a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio vir a ser suspensa pelo então Presidente do STF, ministro Luiz Fux, em questionável procedimento de suspensão de segurança. Tarde demais: o beneficiado pela soltura já havia fugido.

A história não parou por aí. Em 2023, enquanto André do Rap estava foragido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 153.988, em acórdão relatado pelo ministro Rogério Schietti, declarou a nulidade de busca e apreensão efetuada durante cumprimento de mandado de

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; mestre em Filosofia e Teoria do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal (FDUL); pós-graduado (LLM) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/DF); pós-graduado em Direito Penal, Política Criminal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal do Paraná (ICPC/PR); Promotor de Justiça do MPMG (aprovado em 1º Lugar no LVII Concurso); aprovado em 1º Lugar no 60º Concurso para Promotor de Justiça do MPGO. Foi assessor da Ministra Laurita Vaz no Superior Tribunal de Justiça; coordenador da Força-Tarefa de Direito Penal da Assessoria Especial da Presidência do STJ e atuou em processos da Presidência e Vice-Presidência do Tribunal, da Corte Especial, da Terceira Seção e da Quinta e Sexta Turmas, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal e em juízo de admissibilidade de recursos especial e extraordinário. Foi professor dos programas de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Autor de livros e de artigos jurídicos.

² RAZ, Joseph. *A moralidade da liberdade*. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 174.

³ Art. 316, parágrafo único, do CPP: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

prisão expedido contra o autor. Dois fundamentos foram utilizados: (1) violação ao procedimento legal descrito no art. 293 do CPP; e (2) desvio de finalidade no cumprimento do mandado de prisão, com ofensa ao disposto nos arts. 240, 241, 243 e 248 do CPP. Como consequência, sem quaisquer considerações concorrentes, o STJ determinou o trancamento da investigação e a devolução de todos os bens de André do Rap⁴. Quais eram esses bens, conforme consta da própria decisão? 32 aparelhos celulares, 5 computadores, 2 jet-skis, 2 helicópteros, 1 lancha, 1 automóvel, 1 diário de bordo da aeronave e acessórios de informática.

O fenômeno do surgimento e da expansão do PCC talvez seja um dos mais documentados paradigmas daquilo que setores da doutrina chamam de *insurgência criminal* (Sullivan; Bunker, 2022; Sullivan, 2011). O conceito refere-se a organizações criminosas abrangentes que, para além da brutal violência física reiterada contra grupos rivais e autoridades, ostentam articulado propósito político, estrutural e estratégico destinado ao ganho progressivo e ilimitado de autonomia, ao controle monopolizado de territórios, à garantia da governança criminal em “Estado paralelo” e à beligerância contra o Estado formal – tanto armada quanto mediante infiltração pela via de corrupção e cooptação de funcionários.

Curioso notar: em um tipo deturpado de igualdade material às avessas, parte do escândalo causado pelo tratamento concedido a André do Rap é explicado pela não equivalência com casos menos graves. Tanto STF quanto STJ têm vasta jurisprudência aplicando os testes da razoabilidade e da proporcionalidade para denegar *habeas corpus* por excesso de prazo na prisão preventiva. Há, ainda, muitos acórdãos que até mesmo admitem a ocorrência de ilegalidade da prisão, mas, ainda assim, não determinam a imediata soltura do réu, e sim a remessa dos autos à instância originária para a correção da ilegalidade e regular prosseguimento do feito. O modo de raciocínio aplicado a casos genéricos, que porventura recaem nos julgamentos “em lista” sem qualquer destaque, parece partir de outros pressupostos filosóficos e hermenêuticos. Se a diferença de tratamento se deixa ou não motivar pela repercussão do caso e pelo desejo de transmitir alguma mensagem difusa a todos os juízes brasileiros (o “chamado à responsabilidade” acima comentado), é algo que ignoro e que poderia ser objeto apenas de descuidada especulação.

De todo modo, ainda que retrate posição atualmente minoritária, decisões como as que beneficiaram André do Rap estão longe de serem exemplares isolados. Solturas rápidas e anulações processuais em casos envolvendo líderes de organizações criminosas, pessoas com extensa ficha criminal em crimes graves e políticos ou empresários poderosos acontecem com certa frequência em terras brasileiras. O exame crítico de casos representativos de legalismo abstrato como o de André do Rap, além de, por indução, prestar-se à avaliação de casos afins, é importante para compreender de quais premissas partem juristas que celebram esse modo de raciocínio como genuinamente democrático e para julgar se essas premissas se ajustam ou não às normas jurídicas postas.

2. PROBLEMA E OBJETO

Há terreno comum no modo de pensar e decidir adotado pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ: em ambas as decisões, os magistrados procederam à interpretação semântico-abstrata de textos jurídicos reputados pertinentes e, com base nesse estilo de processo interpretativo, limitaram-se a identificar possível ofensa a direitos e garantias individuais do investigado. Após a alegada identificação do direito ou garantia, simplesmente esgotaram o raciocínio jurídico, sem que julgassem relevante examinar razões normativas e pragmáticas concorrentes, como direitos fundamentais supraindividuais, consequências prático-normativas, ou mesmo “a pessoa” e “a espécie de delito” a que se referia o *habeas corpus* (para usar as já citadas expressões de Vladimir Passos de Freitas).

Eis, portanto, as questões colocadas neste artigo: os defensores desse proceder argumentativo costumam sustentar que se trata do modo “técnico” e “democrático” de se interpretar o Direito em casos penais; mas será mesmo? Sempre? Com qual juízo de adequação institucional? Fenômenos desestruturadores como o da insurgência criminal *nunca* importam? Com base em qual concepção defensável de direitos subjetivos? Aliás, qual concepção de direitos subjetivos sustenta a ideia de que tais direitos devem ser identificados pela mera leitura semântico-abstrata de dispositivos normativos com reputada pertinência temática, sem qualquer *enriquecimento pragmático* (expressão de Marmor, 2014) advindo dos fatos delineados nos autos, das partes

⁴ Segundo o Tribunal, os objetos foram encontrados em contexto de cumprimento de mandado de prisão preventiva após informações anônimas de que “André do Rap” estava na residência. Além de ofensa ao procedimento previsto no art. 293 do Código de Processo Penal, não havia segurança de que o réu estava ou não dentro da casa, já que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em dada residência. Mesmo que superada a violação ao referido dispositivo legal, segundo o ministro Relator, “Quando o cumprimento de mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e dos bens que estão na sua posse direta como resultado de uma busca pessoal, mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam aparentemente ter ligação com alguma prática criminosa”.

envolvidas, das demais normas constitucionais, do teste de proporcionalidade e das consequências prático-normativas das alternativas decisórias? Qual concepção de direitos subjetivos sustenta que, uma vez identificado um direito subjetivo individual a partir de leitura semântico-abstrata, deve o juiz, sempre, suspender quaisquer considerações concorrentes, ainda que tenham pertinência e peso normativos? Enfim, com qual base conceitual e, supondo que exista base convincente, com qual tipo de ajuste institucional os ministros trabalharam nas decisões que beneficiaram André do Rap?

Essas indagações não comportam respostas simples. A análise seria facilitada se decisões judiciais como as ora analisadas propusessem-se a superar suas ambiguidades conceituais e filosóficas subjacentes. Mas talvez seja pedir muito. Juízes não costumam ser filósofos morais e nem mesmo filósofos do Direito. E, como bem registrou Scott Shapiro (2011), um dos erros de setores da teoria do Direito é pressupor, por padrão, que eles são tais coisas⁵. Isso, todavia, não impede um empreendimento de elaboração filosófica baseado na análise linguística e conceitual das decisões judiciais, a fim de tentar sistematizar as premissas de que se parte. Nessa atividade, tão importante quanto o dito é o não dito. A análise deve abranger tanto a verdade jurídica das proposições expressas na decisão – isto é, sua adequação com as normas jurídicas vigentes *como um todo* – quanto a mensagem simbolicamente transmitida pelo recorte de normas consideradas pertinentes para a resolução do caso. Ao selecionar parte diminuta do sistema jurídico como tendo relevância e adequação, juízes manifestam que todo um universo de normas omitidas não lhes traz mínima força persuasória. E isso diz muito sobre suas pressuposições e crenças filosóficas, morais e políticas.

3. RACIOCÍNIOS JURÍDICOS BASEADOS EM

RECORTES NORMATIVOS INJUSTIFICADOS

A análise conceitual e filosófica sobre o dito e o não dito pode ser realizada também para a avaliação de elaborações teóricas. Pela representatividade, influência e inteligência do autor, é pertinente, para adequada compreensão do modo de raciocínio presente nas decisões relativas a André do Rap⁶, examinar o modo pelo qual o adágio “forma é garantia” tem sido utilizado no debate jurídico brasileiro por Aury Lopes Jr. e teóricos que compartilham de suas premissas filosóficas e políticas. Ao analisar o conceito de nulidade processual, o autor consigna o seguinte:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal (Lopes Jr., 2018).

Conclui Aury (Lopes Jr., 2018, p. 947-948), nesses termos, que “o sistema de nulidades *está a serviço do réu*”, acrescentando que “a *debilidade do réu no processo é estrutural* e não econômica, como já explicamos anteriormente, pois *não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto*: esses são direitos individuais”.

Essas não são teses novas. Relacionam-se com todo o histórico da obra do autor e compartilham raízes com tradição de juristas do Sul do país como Jacinto Coutinho, Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho

⁵ Em crítica a Ronald Dworkin – um dos teóricos do Direito que se mostram otimistas com a habilidade filosófica de juízes –, Shapiro (2011, p. 329) afirma que a teoria dworkiniana “é enormemente exigente, requerendo grande capacidade intelectual e caráter ético para que seja aplicada com sucesso. A não ser que os arquitetos de um sistema jurídico manifestem extrema confiança na competência e caráter de membros de sua comunidade, obrigar análise filosófica no desempenho do raciocínio meta-interpretativo está fadado a ser considerado uma característica perigosa da prática jurídica”.

⁶ A análise da obra de Aury Lopes, neste caso, é interessante também por ter sido ele o advogado de André do Rap no caso julgado pelo STJ. Após a decisão da Sexta Turma, o escritório de Aury divulgou a seguinte nota: “A defesa de André Oliveira Macedo, a cargo dos Escritórios Aury Lopes Jr., Aureo Tupinambá de Oliveira Filho e Anderson Domingues, destaca o acerto da decisão proferida, a unanimidade, pela 6ª Turma do STJ, que reconheceu a ilicitude de uma busca e apreensão realizada sem mandado judicial e de forma absolutamente ilegal. A decisão vem na mesma linha de consolidada jurisprudência da corte e corrige uma grave injustiça e ilegalidade praticada contra André” (cf. Xavier, 2023). Estou ciente de que construções doutrinárias não necessariamente refletem posições funcionais em casos concretos, e vice-versa. Uma mesma pessoa pode estar, no âmbito doutrinário, convicta das premissas políticas e filosóficas X e, de forma coerente e combativa, atuar como advogado com base em premissas políticas e filosóficas Y, se isso for do melhor interesse de seu cliente. Mas, ao menos de forma contingente, parece ter havido uma fusão entre doutrinador Aury e advogado Aury no caso André do Rap. O modo de raciocínio empregado pela Sexta Turma parece partir de premissas parecidas com a do doutrinador Aury. E a nota do escritório de advocacia parece refletir convicção que acompanha o histórico do doutrinador Aury, e não apenas do advogado que atuou no caso específico.

(cf. Carvalho; Carvalho, 2004; Carvalho, 2008). Desde livros mais antigos de Aury, já se via, na mesma linha dos autores citados, radical foco na posição do investigado ou acusado⁷. A “característica especial” da “instrumentalidade do processo penal”, escreveu ele, é a “proteção dos direitos e garantias individuais”, manifestada como “limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar)”. A “evidente” debilidade, ademais, é um conceito absoluto (“sempre existirá” – *sic*) e, note-se bem, independe das “condições econômicas ou sociopolíticas do imputado” (Lopes Jr., 2006, p. 11). Ou seja: a “evidente” debilidade do réu advém apenas do lugar ao qual ele é “chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário”.

Desde logo, uma crítica: a unicidade criterial empregada por Aury para definir o que entende ser “debilidade jurídica” do acusado significa, no mundo da prática do Direito, que André do Rap, um multimilionário proprietário de iates, helicópteros e imóveis adquiridos como efeito de difusos e reiterados homicídios, tráfico de drogas, roubos, corrupção, tráfico de armas, lavagem de dinheiro e guerras entre poderosas organizações criminosas, é, por definição, em abstrato, tão débil na relação jurídico-processual com o Estado quanto qualquer indivíduo primário não dedicado a atividades criminosas que esteja na contingência de ostentar a posição de sujeito passivo em algum processo penal. Eis uma das vigas mestras do legalismo abstrato que será aqui analisado.

De todo modo, tomado em seu conjunto, o raciocínio de Aury tem coesão interna, é parcialmente verdadeiro – por fazer menção a um dos aspectos importantes

da ideia de direito subjetivo, qual seja, a de limitação do Poder estatal – e, de início, ostenta inequívoco apelo persuasório, por prometer pavimentar “garantias mínimas” como antídoto à ideologia que, com base em ensinamentos de juristas apologéticos ao sistema jurídico da Constituição de 1937 como Francisco Campos, Monte Arraes, Themístocles Cavalcanti, subsidiou a elaboração do Código de Processo Penal de 1941. Mas, a despeito da nobre intenção, o raciocínio, bem avaliado, pouco diz em termos conceituais ou jurídicos. Ao fim e ao cabo, serve de paradigma para a avaliação, feita a seguir, sobre as omissões e insuficiências de abstrações hermenêuticas e falsas equivalências alegadamente garantistas.

Primeiro, porque, apesar de lidar com limitações estatais fundamentadas em identificação, delimitação e aplicação de direitos individuais, Aury não aprofunda de qual concepção de direitos subjetivos está partindo. Isso seria exigível porque, ao contrário de juízes não empenhados nos estudos de filosofia do Direito, Aury Lopes Jr. não costuma tratar apenas de aspectos jurídicos do processo penal, como também de heterogêneas teorias extrajurídicas que vão desde o cartesianismo e o decolonialismo até a relatividade de Einstein⁸. Aury tampouco detalha o porquê de, à luz da Constituição de 1988, fazer a contundente afirmação de que simplesmente “não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto”, algo que, sobretudo no tocante a direitos difusos da sociedade titularizados por pessoas indetermináveis – inclusive de gerações futuras –, pode ser considerada posição minoritária^{9 10}.

⁷ Críticas sobre a inadequação do enfoque individualista *pro reo* de Aury Lopes Jr. com os parâmetros constitucionais e convencionais contemporâneos podem ser encontradas, igualmente, em Andrade, 2013.

⁸ “Com Einstein e a Teoria da Relatividade, opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo. Sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois tudo é relativo: a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador.” (LOPES JR., 2018, p. 73). A teoria de Einstein também foi comentada por Aury em ao menos três partes diferentes da já citada obra *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Lopes Jr., 2006).

⁹ A afirmação parece estar em desacordo com posição mais antiga do próprio Aury Lopes Jr., conforme seguinte trecho: “É importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses materiais e prepóliticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais”. (Lopes Jr., 2001, p. 14). Há, no trecho, aparente reconhecimento de que direitos fundamentais abrangem direitos coletivos. Não fica claro, todavia, se no excerto o autor atribui à expressão “direitos coletivos” significado mais restrito, de modo a abranger, exemplificadamente, apenas direitos de grupos determinados ou determináveis, com a exclusão de direitos supraindividuais de grupos indetermináveis – posição que também seria atualmente minoritária. Outro ponto de atenção no trecho é o seguinte: Aury realiza distinção entre a concepção de garantismo penal que segue (Ferrajoli) e “mero legalismo”. Um dos argumentos deste artigo é que, em verdade, o tipo de raciocínio que tem sido empregado por Aury nos últimos anos borra essa distinção e conduz, sim, a legalismos e formalismos abstratos injustificados.

¹⁰ No contexto brasileiro, é lugar-comum atribuir, com base na ideia de geração ou dimensão de direitos fundamentais, a condição de autênticos direitos a interesses relevantes supraindividuais. Sobre a existência especificamente de um processo penal coletivo, cf. Almeida; Costa, 2021. Sobre bens comuns como direitos no contexto anglofôno, veja-se Waldron, 1993.

Segundo, porque, em decorrência das omissões citadas, Aury deixa de formular duas perguntas centrais para o debate sobre raciocínios jurídicos sólidos: (1) “a concepção de direitos subjetivos que ‘eu’ defendo adequa-se a uma interpretação coerente de *todas* as normas constitucionais e convencionais do Direito brasileiro (e não apenas daquelas normas constitucionais e convencionais ‘a serviço do réu’)?”; e (2) “havendo adequação institucional da concepção de direito subjetivo ‘por mim’ defendida, quais as consequências práticas e jurídico-processuais da identificação, delimitação e aplicação do direito individual em jogo?”.

Essas omissões de base filosófica e conceitual conduzem Aury a recortar o sistema jurídico – isto é, a selecionar as normas jurídicas que reputa pertinentes –, com ao menos quatro premissas equivocadas: (a) falar em direitos fundamentais, no processo penal, equivale a falar em direitos individuais; (b) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em instrumentos para a proteção de direitos fundamentais, entendidos, por sua vez, como equivalentes a direitos individuais; (c) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em instrumentos para a proteção de direitos fundamentais (*aka* direitos individuais) da parte mais vulnerável da relação jurídica, tomada, sem maiores explicações, como sendo necessariamente o investigado ou o acusado; e, portanto, (d) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em limites ao poder do Estado em favor de direitos fundamentais (*aka* individuais) especificamente do indivíduo-investigado ou do indivíduo-réu. Ou seja: além de arbitrariamente remover os “direitos da sociedade” do âmbito do conceito de direitos, Aury Lopes Jr. elabora seu raciocínio de modo a excluir a possibilidade de que, no processo penal, direitos individuais possam ser reconhecidos a vítimas de crime.

Não à toa, após selecionar apenas normas constitucionais destinadas à salvaguarda de direitos fundamentais individuais do investigado ou acusado, o autor chega à conclusão equivocada de que, mesmo sob a vigência de Constituição analítica que prevê ostensivamente *direitos* fundamentais *sociais e difusos*, todo o sistema jurídico-penal e todo o processo penal estariam, em verdade, estruturados para a proteção jurídica apenas do apontado Sujeito de Direitos do processo penal: o réu. Por extensão, a função do juiz seria, por excelência, a de “garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais *do acusado* no processo penal” (Lopes Jr., 2018, p. 59-62)¹¹.

Há afinidades cruciais entre o raciocínio de Aury Lopes Jr. acima exposto e o raciocínio utilizado pelo ministro Marco Aurélio Mello e pela Sexta Turma do STJ nos casos envolvendo André do Rap. Tais afinidades ficam mais ou menos visíveis quando comparamos as pressuposições de Aury Lopes Jr. com artigo publicado pelo ministro Marco Aurélio na revista Consultor Jurídico após a polêmica social gerada pela sua decisão (Mello, 2020). Ali, em síntese, o ministro argumentou que, no HC 191.836/SP, se limitou a aplicar os dispostos nos arts. 282, 283, 311 a 316 e 387 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Com base na leitura do significado desses dispositivos, aplicou como consequência jurídica a previsão do art. 5º, LXV, da Constituição da República: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. *En passant*, afirmou que existe um “direito natural” (*sic*) que confere ao cidadão a prerrogativa de permanecer em “lugar incerto e não sabido” (ou seja, foragido, como André do Rap) para não se submeter a ato ilegal. E, no único momento em que tangenciou argumentos empíricos, valeu-se deles para confirmar a visão *pro reo* exposta, consignando que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, 33,47% da população carcerária é composta por presos provisórios. O objetivo do art. 316, parágrafo único, do CPP, referente à revisão da prisão a cada 90 dias, seria, por conseguinte, amparar “a dignidade do homem, do custodiado, que não pode ser jogado, ao que o ministro da Justiça José Eduardo Cardozo disse, às masmorras, esquecido como se animal fosse”.

Chamarei de *raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados* o modo de pensar, de interpretar e de decidir que, com base em crença tenaz acerca de filosofia político-jurídica de cunho individualista *pro reo*, conduz à indevida marginalização de toda a dimensão normativa concorrente de direitos fundamentais supraindividuais presente na Constituição de 1988. Como veremos, o raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados, além de juridicamente errado e filosoficamente obscuro, é socialmente perigoso e incapaz de ajustar-se aos propósitos institucionais e normativos previstos a partir de leitura integral da Constituição de 1988.

¹¹ O parágrafo completo exemplifica o salto lógico que o autor faz entre a proposição de que o juiz deve garantir direitos fundamentais (no gênero) para a proposição de que o juiz deve garantir apenas direitos fundamentais *do acusado*: “O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.

4. SATURAÇÃO DEONTOLÓGICA *PRO REO* VS. LEITURA GLOBAL DO DIREITO BRASILEIRO

Não sabemos ao certo de qual concepção sobre direitos individuais subjetivos partiram os julgadores no acórdão do RHC 153.988/STJ e na decisão liminar do HC 191.836/STF. Mas podemos, desde logo, por análise linguística e conceitual, traçar característica comum a ambas – e, de modo mais amplo, à doutrina capitaneada por Aury Lopes Jr.

Nas decisões, como adiantado, não se observa qualquer consideração para além do alegado direito subjetivo titularizado pelo réu, obtido a partir da leitura semântico-abstrata de recorte de dispositivos reputados pertinentes. Antes, durante ou após alegadamente encontrarem direitos subjetivos individuais violados, nem a Sexta Turma do STJ, nem o ministro Marco Aurélio Mello viram-se compelidos a avançar na discussão e fazer perguntas genéricas e abstratas como: “Há direitos fundamentais concorrentes que estariam em risco desproporcional como efeito de atribuir, em todo e qualquer caso, anulações abrangentes com base em erro de procedimento legalmente previsto e soltura imediata como consequência obrigatória de violação a prazos processuais?”; ou: “À luz da estrutura investigativa e judicial brasileira, quais seriam as consequências práticas e jurídicas de estabelecer a soltura como consequência obrigatória para todo e qualquer caso de violação a prazos processuais?”. Tampouco foi cogitada a formulação de perguntas concretas e específicas – relativas ao processo em análise – como “Quais as consequências práticas e jurídicas de soltar, de imediato, um líder do PCC?”; “Todas as coisas consideradas, a Constituição de 1988 admite a absolutização desta forma jurídica em caso concreto que envolve complexo movimento fático de insurgência criminal?”; “Há direitos fundamentais concorrentes que estariam em risco desproporcional com o efeito da soltura deste réu específico?”; etc.

Tais perguntas não apenas foram ignoradas nas decisões, como certamente conduziram o adepto do raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados a remexer-se na cadeira com insuperável desconforto. Pois tal adepto não conceberia a formulação de tais perguntas durante o empreendimento judicial interpretativo-aplicativo do Direito sem que reminiscências do fantasma do direito penal do inimigo assombrassem seus pensamentos mais íntimos. Ora, considerando o atual cenário da educação processual penal contemporânea em universidades brasileiras (Andrade, 2015), possivelmente ele escutou professores realizarem distinção rigorosa entre, de um lado, o “democrático” direito penal do fato e, de outro, o “autoritário” direito penal do autor. *Tertium non datur*. Ele ouviu, com base em alguma versão indefensável do liberalismo individualista¹², que o adágio “forma é garantia” presta-se a justificar solturas ou anulações, em perfeita homogeneidade e em fina sintonia consequencial, desde processos dirigidos contra, de um lado, o indivíduo que, sem nunca ter cometido nenhum delito prévio, viu-se no infortúnio de sujeitar-se ao domínio de violenta emoção e praticou homicídio privilegiado contra o estuprador de sua filha, e, de outro, o indivíduo que alcançou riquezas inestimáveis – porventura helicópteros e iates – após galgar postos de cada vez mais destaque em poderosas organizações criminosas que detêm pretensão abrangente de insurgência criminal e, no percurso, difundem homicídios, drogas, armas e roubos.

A atmosfera individualista *pro reo* está na base de decisões como as aqui analisadas. O problema é que ela fala mais sobre como tais juristas gostariam que a Constituição de 1988 fosse do que como ela realmente é. Aquele que sustenta ser legítimo, em todo e qualquer caso, desde em processos relativos ao mais cruel líder do PCC até em processos relativos a estelionatário de primeira viagem, interromper a fundamentação das decisões penais após a identificação de alegado direito individual construído apenas por referência ao significado semântico-abstrato de recortes normativos injustificados faz pouco caso de inúmeros dispositivos constitucionais contrários à sua tese ultraindividualista. Pois a mesma Constituição de 1988 que prevê direitos individuais como o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade também estabelece, por ao menos

¹² Do ponto de vista da filosofia política, Paulo Fontes consignou com razão que nada no liberalismo individualista moderno, concepção das que mais influenciou as Constituições contemporâneas, permite a conclusão de que se esteja a propor “uma defesa da ineficácia do Estado ou capitulação diante das atividades nocivas dos indivíduos”. Acrescenta, ainda, que uma das facetas sobre a ineficácia do sistema jurídico “pode residir num certo garantismo excessivo que acaba por conferir precedência absoluta aos direitos dos réus em detrimento do interesse público na persecução penal”. Cf. Fontes, 2015. Para adequada compreensão dos autores que construíram as teses do liberalismo moderno, sugiro Strauss; Cropsey, 2016.

seis vezes¹³, a *punição* como *standard* de garantia difusa contra a violação de direitos fundamentais considerados juridicamente valiosos. Em duas dessas vezes (art. 225, § 3º, e art. 227, § 4º), a Constituição confere ao Direito Penal expressa conotação de garantia ativa de bens jurídicos individuais e supraindividuais, incluído expresso mandado de criminalização, de modo a afastar-se da visão do Direito Penal como mera instância de proteção jurídica do indivíduo criminalmente implicado. A mesma Constituição que impõe limites de primeira dimensão ao Poder Estatal (1) estabelece, no art. 144, a segurança pública como dever do Estado e direito “de todos”, (2) preocupa-se com a “eficiência das atividades” dos órgãos de segurança pública (art. 144, § 7º), (3) fixa o direito fundamental à segurança *latu sensu* tanto no Capítulo de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, *caput*) quanto no Capítulo de Direitos Sociais (art. 6º, *caput*), (4) limita expressamente certos direitos individuais quando em jogo considerações sobre “segurança da sociedade” (art. 5º, XXXIII) e (5) fixa direito fundamental da vítima à ação subsidiária da pública (art. 5º, LIX).

A mesma Constituição de 1988 que prevê o teste de proporcionalidade em sentido de vedação de proteção excessiva também é informada pela outra faceta do referido teste, isto é, a proibição de proteção insuficiente, amplamente aceito pela doutrina pátria e pela jurisprudência, ignorada nas decisões ora analisadas, das próprias Cortes de Sobreposição. Não bastasse, essa mesma Constituição prevê, no art. 5º, §§ 2º e 3º, o valor normativo de convenções internacionais,

as quais, por sua vez, segundo exame pormenorizado de autorizada doutrina, estabelecem a punição, a efetividade do sistema penal e as obrigações processuais penais positivas como genuínos *standards* de proteção de Direitos Humanos¹⁴. Lembre-se, aqui, a mero título exemplificativo, as disposições da Lei nº 14.245/2021 contra a revitimização e ofensa à dignidade da vítima e das testemunhas de crimes sexuais, promulgadas em consonância com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia da ONU em 1985, e com decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Y. vs. Eslovênia* e *S.N. vs. Suécia*) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Empregados da Fábrica de Fogos e seus familiares vs. Brasil*).

Do ponto de vista histórico, a preocupação com o equilíbrio entre os interesses da sociedade e os direitos individuais foi demonstrada já na Sessão de Instalação da Assembleia Constituinte da Constituição de 1988, quando o presidente do ato, ministro José Carlos Moreira Alves, em discurso inaugural, consignou que “se chocam os interesses da sociedade com os do indivíduo, sendo mister que se encontre o justo ponto de equilíbrio entre os direitos sociais e os direitos individuais”, conclamando “a aferição da dosagem das preponderâncias”¹⁵.

O equilíbrio entre categorias distintas de direitos foi abordado nos debates da Assembleia Constituinte também na seara estritamente criminal. Durante as extensas discussões, percebe-se que o estabelecimento

13 Art. 5º, XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; Art. 37, § 2º: A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei; Art. 173, § 5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; Art. 216, § 4º: Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei; Art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados; Art. 227, § 4º: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

14 Cf. por todos, Mazzuoli, 2019 e 2020. Estou, no entanto, de acordo com a crítica de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ao fenômeno da “internacionalização” dos direitos humanos e consequente enfraquecimento dos Estados nacionais: “Apesar do indiscutível fortalecimento do direito internacional, deve-se redimensionar a relevância do tema, contrariando a recente tendência da doutrina restrita à exaltação acrítica das supostas virtudes políticas e relevância jurídica do direito internacional. Em primeiro lugar, essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continuam dispondo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Indício e resultado disso é o fato de que a esmagadora maioria dos problemas envolvidos na limitação de direitos fundamentais resolve-se no âmbito do direito interno. O Estado permanece sendo a principal força protetora dos direitos humanos [...]”. Interessante, ainda, a crítica ao fenômeno da “duplicação” de direitos: “Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de garantias mais abrangentes. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito mais completo. Assim, a incidência do direito internacional é limitada a pouquíssimos casos. Incontornável é o reconhecimento da presença de uma franca desproporção entre a realidade dos fatos e o interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira” (Dimoulis; Martins, 2021, p. 46). Essa ressalva é importante para lembrar que normas convencionais de direitos humanos estão sujeitas ao controle de constitucionalidade ou à interpretação conforme a Constituição. No mais, a jurisprudência internacional que não se mostre compatível com a leitura global da Constituição não pode ser adotada como paradigma pelos tribunais pátrios, como se a internacionalização dos Direitos Humanos tivesse superado integralmente a soberania nacional e procedido ao deslocamento da já problemática centralização decisória de Brasília para a Costa Rica. Cito como exemplo decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *J. vs. Peru*, em que se aduziu que, traduzindo à linguagem do nosso sistema jurídico, a prisão preventiva só poderia ser decretada para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nunca para a garantia da ordem pública. Cuida-se de decisão incompatível com o teste constitucional da proporcionalidade em sua faceta de vedação de proteção insuficiente e com os inúmeros dispositivos constitucionais, já citados, que garantem a segurança pública como direito fundamental.

15 BRASIL. Senado Federal. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 01 a 23*. Ata da 1ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987. p. 3-4.

de direitos e garantias individuais não foi realizado sem concorrente preocupação com a segurança e ordem públicas. Talvez o seguinte trecho do discurso do constituinte Naphtali Alves seja um dos principais exemplos do citado senso de proporções:

Não menos cuidadoso deverá ser o enfoque quando da elaboração da nova ordem jurídica, na qual devem ser salientados dois aspectos primordiais: a dinamização e a eficiência da prática da Justiça. A ineficiência e a morosidade da Justiça brasileira têm ensejado uma série de distorções e graves discrepâncias, para não falar da impunidade geralmente concedida aos ricos e poderosos. Incontáveis são chamados ‘crimes de colarinho branco’, nos quais os responsáveis por escândalos de repercussão nacional até hoje circulam despidoradamente pelo País, sem terem sofrido qualquer penalidade. Por outro lado, os que não dispõem de recursos por vezes apodrecem durante anos nas cadeias públicas, à espera do julgamento de seus processos, acusados de crimes dos quais, por vezes, são até inocentes, enquanto celerados e assassinos de notória periculosidade, beneficiados pela aberrante ‘Lei Fleury’, aguardam em liberdade o julgamento dos horrendos crimes que cometeram, constituindo verdadeira ameaça à população, sujeita à sanha de tais indivíduos (Brasil, 1987b, p. 519).

Já no encaminhamento final dos trabalhos da Assembleia, o Constituinte José Tavares destacou a tutela da segurança e da ordem públicas como um dos pontos fundamentais do novo texto constitucional:

A segurança pública, de relevante importância para a sociedade, foi pela primeira vez tratada a nível de Constituição, com adequadas definições sobre os diferentes setores policiais, para maior garantia da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio (Brasil, 1988, p. 14).

As considerações deste tópico revelam ser enganosa a conclusão, mencionada e endossada por Gustavo Badaró no primeiro capítulo de sua obra sobre processo penal (Badaró, 2022), a que, no STF, já chegou o ministro aposentado Eros Grau, no sentido de que “a interpretação sistemática da Constituição” levaria à conclusão de que existe a “prevalência” do direito à liberdade, e que afastar-se desse entendimento significa um retorno à “barbárie” (*sic*). Dois problemas contaminam

esse raciocínio. Primeiro: como visto, a interpretação sistemática e histórica da Constituição, em conjunto com a normativa convencional de Direitos Humanos, revela equilibrada preocupação tanto com direitos individuais quanto com direitos supraindividuais, tanto com os limites estatais quanto com a efetividade da segurança pública, tanto com a figura do réu quanto com a proteção suficiente da sociedade. Segundo: a conclusão de Eros Grau propõe-se a instituir hierarquia abstrata, *a priori*, entre normas constitucionais que protegem a posição do acusado, em detrimento de normas constitucionais que objetivam resguardar a sociedade e as vítimas. No entanto, tal tipo de hierarquia não existe na Constituição de 1988: nem para o lado do réu, nem para o lado da proteção da sociedade¹⁶. Ao contrário do que sugeriu Eros Grau, não há qualquer sentido aceitável da palavra “barbárie” que se aplique à proposição de que a Constituição deve ser interpretada de modo equilibrado, levando em consideração todos os seus propósitos e preocupações normativas, e não apenas um grupo individualizado de direitos arbitrariamente escolhidos com base na preferência pessoal do intérprete.

Em outros termos: não se pode simplesmente presumir, como fazem autores como Aury Lopes Jr., que os direitos e garantias individuais do réu detêm precedência abstrata absoluta no desempenho da atividade interpretativa de *todos* os casos penais, a ponto de justificar até mesmo modalidades injustificadas de hermenêutica “em tiras”, com consequente negativa de vigência de inúmeras normas jurídicas constitucionais, convencionais e legais, explícitas e implícitas, que determinam ao juiz a consideração de fatos e razões que transbordam o interesse exclusivo do investigado, do acusado ou do condenado.

5. QUAL CONCEPÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS?

Nas decisões analisadas neste artigo, tanto o ministro Marco Aurélio quanto os ministros da Sexta Turma trilharam o mesmo percurso intelectual: a lei diz *isto* (em termos abstrato-semânticos), logo *aquilo* (sem considerações sobre proporcionalidade e/ou consequências prático-normativas). Ou, em termos mais aprofundados: (1) em modalidade de legalismo

¹⁶ Há controvérsia na doutrina sobre se Constituições podem ou não estabelecer hierarquia abstrata *a priori* – em forma de comando deontológico forte e absoluto em favor de determinada classe de normas e em desfavor de outras. Quando se trata de restrições a direitos fundamentais e teste da proporcionalidade, ilustrativa, para o propósito deste artigo, é a divergência entre Virgílio Afonso da Silva – que não as concebe como possíveis (Silva, 2009) – e de Matthias Klatt e Moritz Meister – que as admitem a depender da contingência constitucional (Klatt; Meister, 2012, p. 26-27). Como exposto no corpo do texto, considerando a multifacetada preocupação normativa da Constituição de 1988 – com extensa previsão de direitos fundamentais supraindividuais e expressa previsão de aplicabilidade imediata sem distinção qualitativa entre categorias (art. 5º, § 1º) –, considerando o conteúdo das convenções internacionais de Direitos Humanos e sua correspondente jurisprudência, e considerando a dupla faceta do teste da proporcionalidade, entendo que a Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer hierarquia abstrata entre direitos fundamentais.

abstrato, santificaram o cânone interpretativo da literalidade semântica da lei (“mera aplicação do texto da lei”¹⁷); (2) empregaram o legalismo abstrato como critério único ou primordial para a definição mesma sobre a existência ou não de direito tutelável naquele caso; (3) confundiram ou misturaram a fase de detecção da ilegalidade literalizada com a fase subsequente de análise sobre quais são as consequências práticas e jurídicas adequadas para remediá-la (“se é ilegal, tem que soltar”); e (4) pressupuseram que, em *absolutamente nenhuma hipótese*, nenhuma consideração concorrente – seja sistemática, seja teleológica, seja consequencialista – ostenta aptidão de superar a aplicação, custe o que custar, do direito alegado, tal como interpretado a partir da técnica semântico-abstrata.

O ministro Marco Aurélio, comentando a polêmica que se seguiu à sua decisão, não poderia ter retratado de forma mais eloquente a essência do raciocínio:

Eu apliquei a lei. O processo não tem capa, e sim, conteúdo. Eu não posso partir para o subjetivismo. Eu não crio o critério de plantão, sou um guarda da Constituição. Se há culpado, é aquele que não renovou a custódia. Abomino o jeitinho brasileiro.¹⁸

Quando abrimos a literatura sobre natureza e funções dos direitos subjetivos, não encontramos virtualmente nenhuma teoria responsável que sustente tamanho grau de abstração e automatismo na identificação e aplicação da categoria, tampouco tamanho grau de abstração e automatismo na determinação das consequências práticas e normativas atreladas à identificação de um direito subjetivo em jogo.

Claro: são conhecidas as teorias sobre direitos subjetivos desenvolvidas por Hans Kelsen (direitos subjetivos como enunciados sobre o que normas jurídicas estabelecem) e Wesley Hohfeld (direitos subjetivos como

posições sociais vantajosas ou desvantajosas)¹⁹. Aqui, todavia, minha análise será parametrizada pelo debate sobre direitos realizado, sobretudo, entre autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Joseph Raz. Isso se justifica não apenas pela fama que já ganharam as teses de Dworkin e Alexy em território nacional, conformadoras de um vocabulário mais ou menos compartilhado, como também pelo fato de que, segundo defendo, nem mesmo o mais assíduo defensor da tese de direitos como trunfos fortes, como Ronald Dworkin, estaria comprometido seja com os raciocínios sobre direitos subjetivos que se subjazem às decisões proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ em favor do líder do PCC André do Rap, seja com o significado e a força concedidos por Aury Lopes Jr. e teóricos afins à expressão “forma é garantia”.

Há, em síntese, ao menos três formas populares de cogitar-se a natureza e as funções de direitos subjetivos: (1) a concepção de direitos como trunfos fortes; (2) a concepção de direitos como trunfos fracos; e (3) a concepção de direitos como interesses protegidos²⁰.

5.1. DIREITOS COMO TRUNFOS FORTES

O modelo de direitos como trunfos fortes contra metas sociais foi popularizado em terras brasileiras pela obra de Ronald Dworkin (em especial, Dworkin, 1977, 1985, 1986 e 2006). Não que, por aqui, o vocabulário estritamente dworkiniano tenha-se incorporado ao jargão jurisdicional majoritário. Mais preciso seria dizer que, por outras afinidades teóricas, ideias familiares com a sistematização dworkiniana do modelo forte de direitos já vinha sendo praticada por setores da academia e do Judiciário autointitulados “críticos”²¹. No debate criminal brasileiro, Dworkin, sem muitas considerações sobre

17 Comentando o artigo publicado pelo ministro Marco Aurélio Mello sobre a decisão do caso André do Rap, Lenio Streck fez a seguinte colocação: “Em Estado de Direito, entendido como *rule of law*, não deveria causar espanto um ministro *cumprir a lei nos seus estritos termos*, mormente se a *mens legislatoris* e a *mens legislatoris* apontam para isso”. “Disse-se que, em nome do consequencialismo, a decisão deveria – como foi – derrubada. Só que o consequencialismo nunca pode ser por causa do que passou. Foi o caso. Para o futuro, as consequências são piores: agora a prisão pode ser renovada ao infinito e o juiz sempre terá a chance de renová-la. Já se disse há muito tempo: ‘as consequências vêm sempre depois’, se me permitem uma pequena dose de ironia”. Cf. “Especialistas repercutem artigo de Marco Aurélio Mello na ConJur”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/criminalistas-repercutem-artigo-marco-aurelio-mello-conjur>. Acesso em: 21 maio 2024.

18 Conforme reportagem do Correio Braziliense intitulada “Soltura de traficante do PCC eleva tensão entre ministros do STF” (Fernandes, 2020).

19 Para explicação didática e precisa, cf. Sgarbi, 2013, p. 173 e segs.

20 Sigo, aqui, a classificação de Klatt e Meister, 2012. Os autores mencionam, ainda, a teoria dos direitos como trunfos médios. A meu ver, tal subdivisão é desnecessária por não contribuir com qualquer ganho analítico. Virtualmente todos os autores que porventura recaíssem em tal categoria poderiam ser reenquadrados ou na teoria dos direitos como trunfos fortes, ou na teoria dos direitos como trunfos fracos.

21 Especificamente neste ensaio, não uso o termo “críticos” para designar, com precisão analítica, apenas correntes marxistas culturais relacionadas com teses pós-modernas inspiradas por Foucault, Derrida ou Marcuse. Aqui, atribuo ao termo dimensão mais ampla, para qualificar correntes nacionais do processo penal que, mesmo sem afiliação declarada ao marxismo ortodoxo ou ao marxismo cultural, costumeiramente dizem integrar grupos “críticos”, em oposição ao que chamam de “doutrina tradicional” ou de “senso comum teórico”.

adequação com o contexto institucional brasileiro, serviu como elo argumentativo a serviço daqueles que, por outras trilhas, já se tinham convencido de que os desígnios da nossa Constituição apenas são cumpridos por um Direito Penal focado radicalmente nos interesses do réu²². De todo modo, foi um elo relevante: desde seus escritos mais antigos, Dworkin pretendeu desenvolver uma “teoria liberal do Direito” (*sic*) que fosse capaz de proteger a ideia de “direitos” contra indevidas relativizações de natureza utilitarista. “Levar a sério” os direitos, para Dworkin, é entrincheirá-los a ponto de, em quase todas as hipóteses, garantir-lhes precedência especial contra balanceamentos com alegadas metas sociais valiosas.

O liberalismo igualitário de Dworkin, a um só tempo, permitiu que os setores “críticos” da doutrina criminal brasileira²³ procedessem a novas fundamentações, tanto no que se refere à tese de que a desigualdade econômica é um dos principais — se não o principal — combustível da criminalidade, quanto no que se refere à ideia correspondente de que o Direito Penal não ataca as reais causas da criminalidade. No *input*, o liberalismo igualitário de Dworkin ratificou a tese “crítica” de que o foco radical da política criminal deve ser em políticas públicas de médio ou longo prazo. No *output*, solidificou a ideia de que punições criminais servem para pouca coisa e de que, *all things considered*, a função da dogmática penal deveria ser a de redução de danos contra criminosos e a função de juízes deveria ser de proteção qualificada apenas dos interesses individuais do investigado, acusado ou condenado.

Se a linha de raciocínio que procedeu à mistura de Ronald Dworkin com outras teorias já presentes em solo nacional estivesse correta, faria algum sentido que toda e qualquer fundamentação jurídica de decisões judiciais, especialmente em casos penais, interrompesse seu fluxo argumentativo quando acreditasse ter demonstrado a existência de um direito subjetivo em jogo. Se nenhuma consideração concorrente pode derrotar a declaração de existência de um direito, eventual lembrança à proporcionalidade e a consequências práticas ou normativas da decisão ou seria desnecessária, ou integraria algum marginalizado *obiter dictum*, ou somente poderia servir, de alguma forma, como suplemento ao “argumento de princípio” já estabelecido.

Há, no entanto, ao menos dois problemas com essa linha de raciocínio.

Em primeiro lugar, tenha a teoria de Ronald Dworkin os defeitos que for, o autor ao menos sempre se preocupou em expressar que a sua construção jusfilosófica tinha por parâmetro as condições materiais da realidade especificamente americana. Não é nada evidente que, sob a realidade de uma Constituição analítica que, como a brasileira, prevê expressamente inúmeros direitos fundamentais supraindividuais concorrentes, o próprio Dworkin reputasse como adequada a importação integral, com a mesma estrutura e força, de uma teoria que foi idealizada para funcionar dentro de uma realidade institucional orientada por Constituição sintética multicentenária.

Pior: mesmo em solo norte-americano, ampliações de direitos individuais em casos criminais, pela via da interpretação judicial, como essa a que se procedeu, por exemplo, ao menos durante as décadas de 1950 e 1960 na chamada Corte Warren, vieram a ser restringidas com o passar do tempo, sob, entre outros, o fundamento de que a radicalização de aspectos principiológicos abstratos sobre aspectos pragmáticos podiam conduzir a resultados injustos ou inadequados. Em *Boyd v. United States*, de 1886, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que o direito à exclusão de provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*) está implícito na Constituição Americana. Nos precedentes *Silverthorne Lumber Co. v. United States* e *Nardone v. United States*, proferidos nas décadas iniciais do século XX, veio a ser desenvolvida a ideia de que provas *derivadas* de provas consideradas ilícitas também deveriam, por extensão, ser excluídas, naquilo que ficou conhecido como teoria dos frutos da árvore envenenada. Mas a própria Suprema Corte norte-americana não tardou a reconhecer a extrema rigidez de tais regras, de modo que admitisse a existência de exceções. Aprofundar nesse ponto fugiria ao objetivo do artigo. Aqui, basta registrar que exceções às regras de exclusão — como a teoria da fonte independente, a teoria da descoberta inevitável, a teoria da mancha purgada, a exceção da boa-fé, a teoria do risco, a teoria da destruição da mentira e a doutrina da visão aberta — revelam que a jurisprudência norte-americana, na atividade interpretativa mesma de definição sobre a existência ou não de um direito individual aplicável ao investigado ou ao réu, sempre leva em consideração aspectos que vão além de alguma modalidade pretensamente pura de

²² Exemplos do uso da ideia de direitos como trunfos podem ser observados em: BAHIA; PEDRON; SILVA, 2018; DAMOUS, 2023; NEWTON, 2021; ROCHA, 2021. Para obra com excelentes textos sobre a aplicação de ideias dworkinianas a diversos aspectos do contexto nacional, cf. OMMA-TI, José Emilio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

²³ Cf., por todas, as obras já citadas de Aury Lopes Jr., Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, além de teóricos de heterogêneas influências filosóficas e políticas, como Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos e Jacinto Coutinho.

deontologia ou legalismo abstrato *pro reo*²⁴.

De todo modo, não estamos no contexto histórico e institucional dos Estados Unidos da América. Daí Matthias Klatt e Moritz Meister terem afirmado, com razão, que, embora possa refletir a realidade da Constituição sintética americana, o modelo forte de direitos como trunfos certamente é (a) “irrealista”, quando observamos o extenso rol de direitos humanos conflitantes previstos em outras Constituições e em convenções internacionais; (b) “impraticável”, em hipóteses em que se mostra necessária a intervenção do Estado no âmbito de aplicação do Direito, nas quais “a definição de um direito absoluto deveria levar em consideração as razões que podem justificar uma infração ao direito ou alternativamente deveria ter de excluir o comportamento que nunca prevaleceria sobre outras considerações”; e (c) “deficiente”, pois oculta balanceamentos inevitáveis entre direitos e interesses e, por conseguinte, “reduz o dever estatal de justificar restrições a direitos e promove o arbítrio judicial” (Klatt; Meister, 2012, p. 15 e segs.).

Ainda que fosse concedida a viabilidade de redescritção abasileirada da ideia dworkiniana de direitos como trunfos fortes, surgiria um segundo grupo de problemas, este de natureza conceitual: (a) apesar de sustentar o caráter quase absoluto da preferência especial dos direitos sobre metas sociais, Dworkin concedeu que considerações concorrentes podem porventura superar tal preferência em situações de *clear and serious danger*, em um tipo de modelo deontológico *sensível a consequências*. Não é nada óbvio, portanto, que Dworkin aprovasse a radicalidade abstrata com que são usadas expressões como “forma é garantia” no contexto brasileiro; (b) na teoria de Dworkin, apenas rol limitado de direitos subjetivos ostenta a qualidade de “trunfos fortes”. Não é nada óbvio, como por vezes sugerem as leituras de autores nacionais, que todos os direitos subjetivos do réu tutelados no processo penal contemplem tal qualidade, tampouco que prazos processuais penais enquadrem-se

na descrição²⁵; (c) por fim, mesmo diante da identificação eventual de um exemplar de direito apto a ser qualificado com o predicado de trunfo contra metas sociais, não se deduz da teoria dworkiniana qualquer consequência lógica necessária ou automática sobre qual providência concreta deveria o juiz tomar para preservar o estado de coisas determinado pela norma violada.

5.2. DIREITOS COMO TRUNFOS FRACOS

Se nem a concepção de direitos como trunfos fortes subsidiaria, no automatismo pretendido pelos pensadores nacionais, a conclusão de que André do Rap deveria ser solto como consequência inevitável da superação do prazo de 90 dias previsto no CPP para a revisão das condições da custódia, ou de que toda a investigação deveria ser trancada e todos os seus valiosos bens devolvidos como consequência inevitável de disputada ofensa a procedimento previsto em norma do CPP relativa a busca e apreensão, isso significa que o debate sobre o acerto ou erro das decisões judiciais do ministro Marco Aurélio e da Sexta Turma devem voltar-se ao exame do material institucionalizado do sistema jurídico especificamente brasileiro.

Levando em consideração realidades permeadas por extenso rol de direitos humanos, Klatt e Meister, seguindo em relevante medida a teoria de Robert Alexy, defendem aquilo que denominam modelo fraco de direitos como trunfos (*weak trump model*), no qual “direitos, como valores constitucionais, só podem ser superados por outros valores constitucionais” (Klatt; Meister, 2012, p. 23). Segundo os autores, o modelo fraco estabelece “padrão flexível” de aplicação de direitos fundamentais. Essa flexibilidade permite “reconciliar direitos fundamentais com interesses públicos sem negligenciar a importância de direitos humanos, como o modelo de interesses faz,

24 Estou ciente de que determinados autores nacionais sustentam que a maioria das exceções às regras de exclusão desenvolvidas no contexto norte-americano seriam inaplicáveis no contexto brasileiro. Para defender o ponto, tais autores costumam lançar mão da ideia de que “a Constituição brasileira é garantista”. O problema, no entanto, reside em atribuir ao termo “garantista” dimensão voltada radicalmente aos interesses dos réus, ou com dolosa omissão sobre as inúmeras garantias difusas de proteção social previstas na nossa Constituição – e não previstas na sintética Constituição americana –, ou com injustificada e tácita pressuposição de que, no âmbito penal, haveria algum tipo de hierarquia abstrata entre os direitos e garantias fundamentais do acusado e os direitos e garantias fundamentais das vítimas e da sociedade. Ao contrário do que sustentam tais autores, a comparação do texto da Constituição analítica, permeada por convenções internacionais, com o texto sintético da Constituição americana, bem como a comparação entre aspectos pragmáticos como quantidade e evolução de práticas criminais, existência e difusão de poderosas organizações de insurgência criminal, estrutura real de delegacias e instituições voltadas à inteligência investigativa e à garantia da segurança pública, estatísticas sobre impunidade e cifra oculta, rigor e racionalidade da execução penal, entre tantos outros fatores, deveria conduzir o jurista a concluir que existem fortes razões normativas e fáticas para considerar que a elaboração responsável de exceções às *exclusionary rules* faz muito mais sentido em solo brasileiro do que em solo norte-americano. No ponto, concordo com posição já defendida por Eugênio Pacelli (2019, p. 934): “Passa da hora de nossos tribunais incorporarem a teoria da boa-fé do direito estadunidense, tal como já o fizeram com a descoberta inevitável dos frutos da árvore envenenada e da fonte independente (art. 157 e parágrafos, CPP). Se o objetivo principal da inadmissibilidade da prova ilícita é o reforço de proteção aos direitos subjetivos (privacidade, intimidade, imagem etc.), a conduta de agente estatal praticada em boa-fé não oferece maiores riscos à eficácia da citada norma constitucional”.

25 A reflexão do item “b” foi-me possibilitada após conversa com Horácio Neiva, a quem agradeço.

ou causar os problemas do modelo de trunfo forte e de trunfo moderado” (Klatt; Meister, 2012, p. 44).

No trecho acima, é importante enfatizar o verbo “reconciliar”. O modelo forte de direitos, quando adotado no processo penal brasileiro com importações e misturas teóricas questionáveis, promove aquilo que chamo de saturação deontológica *pro reo*. O raciocínio obnubila-se, esmorece em neblina ultraindividualista e, por consequência, vê-se na prerrogativa de, com orgulhosa convicção, enfrentar apenas parte diminuta do problema da criminalidade. Por análise semântico-abstrata voltada aos interesses exclusivos do investigado ou acusado, chega-se à definição da existência de um direito individual que, em tese, seria aplicável a todo e qualquer caso que tratasse da mesma matéria de Direito. E nenhuma outra pergunta, nenhuma outra norma, nenhuma outra construção dogmática alcança o sarrafo da pertinência temática.

Ao fim e ao cabo, é isso que está por detrás da confusa afirmação do ministro Marco Aurélio de que “processo não tem capa, e sim conteúdo”. Com a frase, o ministro dá a entender que a ele, na interpretação judicial, não interessa quem é a parte acusada. Mas, contra uma utópica pretensão de algum tipo de “Direito Penal do fato puro”, no processo penal a adequada avaliação sobre *quem* é a parte acusada integra o próprio *conteúdo* do processo e desempenha importante papel na correta análise das normas aplicáveis e na medição da proporcionalidade das providências cabíveis. No conteúdo do processo há juntada de folhas e certidões de antecedentes, de boletins de ocorrência sobre fatos pretéritos, de relatórios de inteligência policial e considerações testemunhais desde o temperamento até eventual vínculo estável e permanente do investigado com organizações criminosas. Considerações sobre quem consta no processo – tanto na capa, quanto no conteúdo – prestam-se ao cumprimento das disposições de leis e mais leis vigentes que estabelecem a relevância interpretativa de critérios como “reincidência”, “maus antecedentes”, “personalidade”, “conduta social”, “ordem pública”, “periculosidade” e tantos outros dados que servem justamente para definir *quem* o Direito Constitucional e o Direito Penal devem tratar com maior ou menor rigor.

Klatt e Meister, com razão, entendem que o modelo fraco de direitos tem a vantagem de reconciliar a por mim mencionada saturação deontológica *pro reo* com outras considerações de igual ou maior peso. O modelo fraco, por conseguinte, admite que, *em determinados casos*, argumentos baseados em direitos individuais sejam submetidos a análises comparativas com outras modalidades de argumentos, como argumentos baseados em direitos fundamentais difusos e argumentos baseados

em consequências prático-sistêmicas. Da quase absolutização do alegado direito individual do réu *em todo e qualquer caso*, oportuniza-se que, quando presentes razões fortes em contrário, seja conferida prevalência à tutela de outras modalidades de direitos fundamentais, mediante o emprego do teste da proporcionalidade.

É possível sugerir que, do ponto de vista histórico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem seguido, por padrão, ainda que implicitamente, o modelo fraco de direitos, e não o forte. Tanto é assim que, como já adiantei, o estranhamento difuso sentido por parte relevante dos juristas quanto a decisões como as que beneficiaram André do Rap deriva precisamente do deslocamento particular de tais decisões a concepções radicalizadas sobre as consequências interpretativas e jurídicas do reconhecimento da existência de um direito individual. Para o que nos interessa neste ensaio, basta lembrar que, ao contrário do legalismo abstrato abraçado pelo ministro Marco Aurélio Mello ao determinar a soltura de André do Rap como consequência lógica e inafastável da superação do prazo de 90 dias previsto no art. 316, parágrafo único, do CPP, tanto o STF quanto o STJ têm orientação consolidada no sentido de que prazos processuais penais não podem seguir critérios aritméticos. Na definição mesma sobre se existe ou não um direito a ser tutelado, tais tribunais, corretamente, não se limitam a traçar considerações semântico-abstratas da literalidade do texto legal, como também levam em consideração aspectos concretos, pragmáticos e sistêmicos como a relatividade dos direitos em jogo, a razoabilidade da demora à luz da complexidade da causa (quantidade de réus, natureza do crime, contingências processuais como necessidade ou não de expedição de precatórias, etc.), a estrutura e os esforços dos órgãos de persecução e jurisdicionais e a conduta processual das partes envolvidas.

É discutível se a concepção fraca de direitos como trunfos estabelece, ou não, *presunção relativa* (categoria distinta da ideia de hierarquia normativo-abstrata) em favor da posição do réu contra razões concorrentes. Mas um ponto não gera dúvidas: seja como for, a concepção fraca de direitos não os eleva a patamar que justifique a equivalência *a priori* e unicriterial entre todos os sujeitos passivos de processos penais. Tal concepção tampouco se compatibiliza com formas radicalizadas de legalismo abstrato ou recortes normativos injustificados como instâncias adequadas de aplicação do Direito. A nosso ver, diante da leitura global da analítica Constituição de 1988 e do extenso rol normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trata-se da concepção que melhor se ajusta à institucionalidade brasileira.

5.3. DIREITOS COMO INTERESSES PROTEGIDOS

A concepção de direitos como interesses protegidos tem, como grandes expoentes, Joseph Raz e Andrei Marmor. A rigor, trata-se de concepção que, ao menos na autoimagem dos autores, não pode ser equiparada às pesquisas realizadas por autores que defendem as concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos. Pois Raz e Marmor, ao contrário de Dworkin e Klatt, adotam, em grande medida, posição analítica e descritiva sobre “nossas” concepções compartilhadas sobre direitos e sobre como tais concepções são articuladas no raciocínio prático (Raz, 2011, p. 156). Como consequência, não sustentam que direitos subjetivos “devem”, em sentido moralmente avaliativo, referente a casos judiciais concretos, ser enxergados como interesses protegidos. Ao contrário, afirmam que, quando examinamos “nossa” concepção sobre esses direitos, é assim que eles são tratados.

Isso significa que não seria precisamente raziana a afirmação de que direitos subjetivos tutelados no processo penal em casos concretos, à luz do sistema jurídico brasileiro e com o propósito de resguardar todos os direitos fundamentais – e não apenas os direitos individuais –, *devem* ser enxergados como interesses protegidos. Ao fazer isso, o argumentador estaria, do ponto de vista metodológico, indo além do que propuseram os autores citados.

Mas o debate, então, acabaria nesse ponto? Não necessariamente. Há ao menos duas possibilidades. Ou se rejeita a metodologia analítico-descritiva como falsa ou enganosa, de modo a argumentar que, em verdade, a teoria dos interesses protegidos só pode ser compreendida satisfatoriamente à luz das premissas morais de que parte e tenta esconder. Ou, mesmo não se rejeitando a metodologia analítico-descritiva, reconhece-se que é possível redescrever termos analíticos fornecidos por teóricos descritivos com base em propósitos prescritivos (Rorty, 1979, p. 378; Calder, 2006). Pode ocorrer que um teórico entenda que Raz e Marmor estão corretos na descrição sobre como direitos subjetivos costumam ser tratados em seus contextos específicos – e que tal descrição é, em certa medida, válida também para o contexto brasileiro. Mas tal teórico não estará, desde logo, comprometido com a afirmação de que essa descrição é boa ou ruim. Indo além, se aprovar moralmente a prática

de direitos subjetivos tal como ela é, poderá ele rejeitar as concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos. Se reprovar moralmente tal prática estabelecida, poderá ele criticá-la precisamente com o esquema conceitual-prescritivo das concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos.

Na definição de Raz (2011, p. 155), “‘X tem um direito’ se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma(s) outras(s) pessoa(s) sujeita(s) a um dever”²⁶. Pela definição, logo se percebe que esta adota como condição para a identificação de um direito a existência de “razão suficiente” para considerar o interesse de alguém como fonte de deveres de outras pessoas. Direitos, nesse sentido, são 1) inerentemente limitados por considerações concorrentes; e 2) instâncias intermediárias entre interesses protegidos e deveres que se seguem. Nessa equação, a determinação mesma da existência e da extensão de “todo e qualquer” (Marmor, 2007, p. 226) direito envolve, já de início, balanceamento de interesses e cálculos de custo-benefício.

Não é fácil transportar toda essa construção para a análise de casos penais concretos da realidade brasileira. Mas, se levada a sério a construção acima exposta e se concedida, ainda que por argumento, a guinada metodológica para propósitos prescritivos, parece razoável afirmar que aquele que aprovasse moralmente a concepção de direitos como interesses protegidos estaria em posição de defender, com ainda mais contundência, o emprego de considerações concorrentes na identificação mesma sobre a existência ou não de um direito subjetivo em jogo. A abertura a considerações concorrentes para a delimitação mesma da existência ou não de direito tutelável provavelmente conduziria, no sistema jurídico brasileiro, o intérprete a ter de enfrentar a infinidade de interesses e direitos supraindividuais previstos na Constituição da República, com balanceamento sobre se tais interesses e direitos supraindividuais permitiriam a conclusão de que o interesse individual do acusado constitui “razão suficiente” para impor ao Estado o dever de melhorar sua situação jurídica. Mesmo nessa hipótese, ficaria em aberto a questão sobre qual providência seria adequada para a melhoria da situação jurídica (se, v. g., a soltura do acusado ou se medida menos arriscada para a segurança pública).

²⁶ Aprofundando, o autor esclarece que “somente onde o interesse de alguém for uma razão para que outra pessoa se comporte de maneira a protegê-lo ou promovê-lo, e somente quando esta razão tiver o caráter peremptório de um dever e, finalmente, somente quando o dever for de um comportamento que faça uma diferença significativa para a promoção ou proteção daquele interesse, é que o interesse dará origem a um direito” (Raz, 2011, p. 171).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada do que foi escrito neste artigo permite a conclusão de que direitos e garantias individuais são entes jurídicos *a priori* subalternos a interesses públicos ou direitos supraindividuais. Tampouco sugeri que tribunais como STF e STJ caracterizam-se por fazer emprego sempre responsável dos testes da proporcionalidade e da razoabilidade ou do adágio, muitas vezes meramente retórico, “não existem direitos absolutos”.

Bem entendidas, as páginas anteriores tiveram como alvo a radical, abstrata, infundada e desequilibrada proposição – realizada cada a qual a seu modo nas decisões do ministro Marco Aurélio, da Sexta Turma do STJ e em doutrinas como a de Aury Lopes Jr. – de que, no processo penal, a identificação de direitos e garantias individuais em jogo resulta na conclusão de que o juiz, sempre, em toda e qualquer hipótese, está vinculado a meras literalidades abstrato-deontológicas *pro reo*, não podendo nunca, jamais, em nenhuma hipótese, avançar no raciocínio jurídico de modo a verificar qual a melhor aplicação do Direito com *todas* as normas constitucionais consideradas. Ao contrário, haverá casos em que a identificação da existência e limites dos direitos subjetivos individuais ou a modulação de *como* e *em que proporção* devem ser aplicados dependerá, em alguma medida, de referências a considerações como direitos fundamentais supraindividuais concorrentes, fenômenos graves como o da insurgência criminal, vida pregressa e posição do investigado em organizações criminosas ou consequências prático-sistêmicas da decisão.

Estes foram, em síntese, os argumentos:

1) Decisões como as proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ, no caso André do Rap, e construções doutrinárias como a de Aury Lopes Jr. e teóricos afins partem de uma insuficiência conceitual (omissão ou obscuridade acerca da concepção basilar de direito subjetivo adotada) e de ao menos três premissas equivocadas (radicalização do enfoque em direitos fundamentais individuais *pro reo*, pressuposição de que a alegada identificação de um direito fundamental individual *pro reo* deve esgotar o raciocínio jurídico e atribuição à função jurisdicional de papel exclusivo de proteção de direitos fundamentais *pro reo*).

2) Como consequência da insuficiência e das três premissas equivocadas, tais juristas, ao analisar casos penais, realizam aquilo que chamei de *raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados*: em primeiro passo, selecionam apenas as normas jurídicas *pro reo* que conseguem identificar; em segundo passo, afirmam que a leitura semântico-abstrata das normas *pro reo* selecionadas resulta na identificação de direito subjetivo a ser

tutelado pelo Poder Judiciário; em terceiro passo, naquilo que denominei *saturação deontológica pro reo*, sustentam que em todo e qualquer caso concreto a mera identificação do alegado direito subjetivo é capaz de afastar quaisquer considerações porventura concorrentes sobre direitos fundamentais supraindividuais, sobre consequências prático-normativas ou sobre a periculosidade social do réu em questão (vida pregressa, vínculos comprovados com a criminalidade, etc.). Ao fim e ao cabo, isso significa colocar em idêntico e abstrato pé de tratamento jurídico, sempre, em toda e qualquer hipótese, líderes de movimentos de insurgência criminal, como André do Rap no PCC, e, porventura, réus primários que praticaram ocasionalmente único crime grave, como se o juiz, especificamente em casos penais, estivesse obrigado a seguir, em toda e qualquer hipótese, uma modalidade hemiplégica de hermenêutica baseada em legalismo abstrato *pro reo*, após cautelosa seleção de normas jurídicas que apenas o beneficiam.

3) Nem mesmo a mais exigente teoria dos direitos subjetivos contemporânea – a teoria de direitos como trunfos fortes – confunde-se com legalismos semântico-abstratos ou permite a extração de consequências normativas automáticas do reconhecimento interpretativo de situação de ilegalidade. Nem mesmo Dworkin cogitou que sua teoria sobre direitos como trunfos fortes pudesse ser responsabilmente exportada da realidade histórico-institucional da Constituição sintética americana para realidades histórico-institucionais, como a brasileira, permeadas por constituições analíticas e convenções regionais de Direitos Humanos. Quem pretende usar a fórmula “direitos são trunfos contra a maioria” na tentativa de justificar decisões como a que concedeu a soltura de André do Rap tem o ônus argumentativo de explicar ao menos quatro coisas: (a) o porquê de tal importação ser adequada para a realidade brasileira, tomando em consideração o expresso apetite *local* da construção dworkiniana; (b) na realidade brasileira, quais são os direitos fundamentais *pro reo* que de fato podem ser predicados como “trunfos contra metas sociais”, já que Dworkin estabelecia que nem todos os direitos subjetivos detêm tal qualidade; (c) com qual base conceitual se chega à conclusão de que a identificação de eventuais direitos como trunfos deve ser realizada apenas com literalismos abstratos, e não por leitura moral do sistema jurídico como um todo, incluídos todos os princípios pertinentes ajustáveis ao sistema jurídico; e (d) com qual base conceitual se sustenta a conclusão de que *nunca* razões concorrentes são relevantes seja para delimitar a existência do direito em primeiro momento, seja para avaliar como aplicá-lo corretamente, seja para examinar qual consequência jurídico-normativa deve-se seguir da constatação da violação do direito.

4) Em maioria, a doutrina e a jurisprudência brasileiras inclinam-se para concepções de direitos subjetivos que autorizam, em determinados casos, a depender da gravidade concreta e da posição jurídica do réu, a

incidência de razões concorrentes para a delimitação da existência de direito subjetivo, para a análise de sua aplicação adequada ou para a determinação da consequência jurídica cabível em caso de ofensa. Por obscuridade e omissão nas próprias doutrinas e decisões, não é certo se tais operadores do Direito da visão majoritária entendem estar partindo de uma concepção dworkiniana “sensível a consequências” de direitos como trunfos fortes, de uma concepção de direitos como trunfos fracos ou de uma concepção de direitos como interesses protegidos. Uma coisa, todavia, é certa: qualquer que seja o fundamento conceitual, o pensamento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrias não costuma recair no legalismo abstrato e no raciocínio jurídico baseado em cortes normativos injustificados característicos da posição de Aury Lopes Jr. e das decisões analisadas neste artigo. Precisamente por isso – e não por “populismo penal” ou “atecnia”, como já se alegou –, decisões como as proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ, mais do que simplesmente chocarem o grosso da população e da comunidade jurídica, costumam ignorar de forma arbitrária a existência de casos que exigem respostas estatais baseadas em considerações amplas sobre todos os interesses jurídico-constitucionais em jogo (incluindo questões de segurança pública e do fenômeno da insurgência criminal).

5) Seja do ponto de vista conceitual, seja do ponto de vista institucional, valer-se de expressões como “forma é garantia” ou “o processo não tem capa” para justificar raciocínios baseados em recortes normativos injustificados e em saturação deontológica *pro reo* não faz mais do que servir como articulação linguística vazia para a consolidação da crença viciada de que todo o sistema judicial brasileiro está *sempre* a serviço do investigado ou do acusado. Tal crença assenta-se em preferências pessoais ou grupais sobre como a Constituição idealmente deveria ser, mas não encontram correspondência com a Constituição de 1988 como ela realmente é. A Constituição de 1988 e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reconhecem tanto garantias do indivíduo-investigado, do indivíduo-acusado e do indivíduo-condenado, quanto garantias do indivíduo-vítima e da sociedade-vítima. Em casos graves como os relativos ao fenômeno da insurgência criminal, cabe ao Poder Judiciário equilibrar todas essas garantias nos casos que julga, e não, no abstrato, cantar vitória de umas sobre outras.

7. REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio. A decisão do ministro Marco Aurélio e o princípio da legalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-19/publico-privado-decisao-ministro-marco-aurelio-principio-legalidade/>. Acesso em: 21 maio 2024.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sobre a processualística universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio. *In: Revista do Ministério Público do RS*, n. 78, p. 81-127, set./dez. 2015.

ALMEIDA, Gregorio Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito Processual Penal Coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. Direito de visita de Lula é questão de princípio. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/receber-visitas-direito-presos-nao-questao-principio/>. Acesso em: 21 maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 01 a 23**. Ata da 1ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, 1 fev. 1987a.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 38 a 53**. Ata da 56ª Sessão, 28 abr. 1987b.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano II - Nº 306 a 308**. Ata da 338ª Sessão, extraordinária matutina, 1 set. 1988.

BUHATEM, Marcelo. “Caso André do Rap” provoca mudanças que vão evitar novas polêmicas no futuro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/buhatem-progresso-justica-andre-rap/>. Acesso em: 21 maio 2024.

CALDER, Gideon. **Rorty e a redescritção**. São Paulo: UNESP, 2006.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (orgs). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DAMOUS, Wadih. A licitude probatória do acervo “spoofing” em defesa das garantias fundamentais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 jul. 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jul-14/wadih-damous-licitude-probatoria-acervo-spoofing/>. Acesso em: 21 maio 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law**. New York and Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERNANDES, Augusto. Soltura de traficante do PCC eleva tensão entre ministros do STF. **Correio Braziliense**, Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4881582-trafficante-foragido-apos-embate-no-stf.html>. Acesso em: 7 maio 2024.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Teoria política e a ineficácia do sistema penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-12/paulo-fontes-teoria-politica-ineficacia-sistema-penal/>. Acesso em: 21 maio 2024.

FREITAS, Vladimir Passos. A soltura de “André do Rap” vai além do artigo 316 do CPP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp/>. Acesso em: 21 maio 2024.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford:

Oxford University Press, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMOR, Andrei. **Law in the age of pluralism**. New York: Oxford University Press, 2007.

MARMOR, Andrei. **The language of Law**. New York: Oxford University Press, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Forense, 2019.

MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica está no reconhecimento do que foi aprovado pelo legislador. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/marco-aurelio-mello-prisao-preventiva-justicamento/>. Acesso em: 21 maio 2024.

NEWTON, Eduardo Januário. Como superar as barreiras da implementação da audiência de custódia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-28/newton-barreiras-implementacao-audiencia-custodia/>. Acesso em: 21 maio 2024.

OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

QUIRINO, Bráulio Bicalho Cruz Amaral. André do Rap e a necessidade de discutir o desvirtuamento da prisão preventiva. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/quirino-andre-rap-prisao-preventiva/>. Acesso em: 21 maio 2024.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. São Paulo: Elsevier, 2011.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emílio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, nº 3, p. 402-425, dez. 2021.

ROCHA, Fernando Lacerda. O poder ‘contramajoritário’ do controle de constitucionalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/rocha-poder-contramajoritario-controle-constitucionalidade/>. Acesso em: 21 maio 2024.

RORTY, Richard. **Philosophy and the mirror of nature**. New Jersey: Princenton University Press, 1979.

ROSENFELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2021.

SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2011.

SIRAVEGNA, Vinícius Rodrigues. “Caso André do Rap”: uma análise técnica, fria e sem populismo. **Consultor Jurídico**, nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-10/siravegna-andre-rap-analise-tecnica-populismo/>. Acesso em: 21 maio 2024.

STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. **História da filosofia política**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SULLIVAN, John P. From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security. 2011.

SULLIVAN, John P.; BUNKER, Robert. J. **Competition in order and progress: criminal insurgencies and Governance in Brazil**. Bloomington: Xlibris, 2022.

WALDRON, Jeremy. **Liberal Rights**. New York: Cambridge University Press, 1993.

XAVIER, Renan. STJ anula provas e tranca inquérito contra André do Rap por ação policial ilegal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-12/stj-anula-provas-tranca-inquerito-andre-rap/>. Acesso em: 21 maio 2024.