

## **O DIREITO ALTERNATIVO E SEU LADO AVESSO: A INVERSÃO DO STF NO HC 126.292/SP**

Galileu Broering <sup>1</sup>  
Luís Guilherme Corrêa Restanho <sup>2</sup>  
Vinícius Soares <sup>3</sup>

### **Resumo**

De uma Europa em frangalhos, até um Brasil multifaces o Direito alternativo percorreu um longo caminho até inspirar aos juízes gaúchos no final da década de 80. Dentre altos e baixos, essa ideologia que animou tanto aos juristas brasileiros em décadas passadas, vive na hodiernidade um momento de baixa, no qual os poucos que ainda insistem em propalar tal ideal travam uma guerra de posição para mantê-la viva. Nada obstante a essa latência do alternativismo, alguns juristas usam um certo Direito Alternativo às avessas, para julgar de forma política julgados que influenciam não só na vida de milhares de brasileiros, mas na própria ordem jurídica. Logo, este trabalho ao analisar o HC 126.292 busca não só mostrar como houve uma inversão do que é o Direito Alternativo nesse julgamento do STF, como também busca dar um sopro de vida a esse adormecido braço do Direito.

**Palavras-chave:** História do Direito Alternativo. Direito Alternativo na atualidade. Direito Alternativo às avessas.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito. Faculdade Cesusc. E-mail: galileubro@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando em Direito. Faculdade Cesusc. E-mail: vinifs2595@gmail.com

<sup>3</sup> Graduando em Direito. Faculdade Cesusc. E-mail: luisrestanho@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Da Itália fascista até o Estado Democrático de Direito hodierno, o Movimento de Direito Alternativo acumula vitórias e derrotas. Esse controvertido braço do Direito, que nasce na Itália, passa pela propulsão de magistrados gaúchos e respira os dias presentes da montanha-russa chamada República Brasil, vive um momento de baixa - respirando através de aparelhos. Ao passo que esta ideologia já encenou julgados justos e boas teses acadêmicas, hoje ela sofre com roteiros polêmicos e que contrariam não só filósofos do Direito como Robert Alexy, assim como a própria ideia do que é o Direito Alternativo.

Ante a dinâmica introdutória é de suma importância alguns apontamentos projetivos do presente estudo. Assim a título de hipótese, este projeto parte do pressuposto de que o Direito Alternativo é algo positivo à sociedade. Entendemos isso a partir da leitura de textos, jurisprudências e de uma oportuna entrevista concedida a nós pelo Excelentíssimo ex-desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Lédio Rosa de Andrade – da entrevista serão citados alguns trechos para melhor compreender-se o posicionamento desse jurista e do cenário atual do alternativismo em solo brasileiro.

Citamos também o professor Rui Portanova (Motivações ideológicas da sentença, 1992, p. 58) que ao tratar da relativização que o Direito Alternativo segue, de forma a inspirar-se tanto na fonte da teoria crítica do direito, quanto no princípio da refutabilidade - esse balizado magistralmente por Karl Popper -, ensina:

Uma visão crítica considera impossível o estabelecimento de um estudo epistemológico definitivo para a compreensão do Direito. Em matéria de opinião, nenhum pensamento é verdadeiro, universal, evidente e indiscutível; o momento histórico é que vai produzir sempre a hegemonia de um determinado método jurídico e a relatividade das instituições jurídicas.

Nada obstante a essas belíssimas linhas garantistas, o movimento alternativo de direito tem também sofrido com julgados controversos. Que, se não controvertem o próprio movimento, controvertem à Constituição verde e amarela. Para pintar tal controvérsia citamos aqui a decisão do HC 126.292, *j. 17.02.2016*, de relatoria do então Min. Teori Zavascki, no qual os ministros do Superior Tribunal Federal decidiram, por 7 a 4, pela execução da pena já na segunda instância. Nada obstante a belíssima função exercida pelos excelentíssimos Ministros, no citado *Habeas Corpus*, os Ministros em combate com sua função contramajoritária, decidiram por tolher a norma explícita do art.

5º, LVII, da nossa cidadã Constituição Federal, que versa “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ao entendê-la como princípio – e não regra – decidiram por limitá-la e dar provimento à execução após acórdão. Nada obstante, apesar de o artigo em questão vir de um princípio, na nossa Constituição ele encontra clara redação, à qual não deixa margens para segundas ou terceiras interpretações.

Logo, desse julgado - o qual nos ateremos neste estudo -, questionamo-nos “o Direito Alternativo tem limites fixados no Direito Brasileiro?”. Portanto, depreende-se, pois, ter ocorrido lá - STF - um uso invertido do Direito Alternativo, o qual, além de não coadunar com a ideia original dessa ideologia, ultrapassou princípios que vinculam o próprio Direito Penal. Ademais, para podermos discutir sobre tal questionamento faz-se necessário explanar sobre a história do movimento alternativo, que não se restringe a linhas territoriais brasileiras, mas surge na Europa e trilha uma longa jornada que deságua no delta da doutrina, da academia e da jurisprudência tupiniquim.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 RECORTE HISTÓRICO

O movimento do Direito Alternativo se consolidou no Brasil como uma corrente crítica do Direito, de oposição à ideologia positivista hegemônica, visando de maneira geral a igualdade material, atingir um Estado de Direito efetivamente democrático, de modo a buscar atender aos interesses de toda a sociedade.

Movimento, este, inspirou-se na organização de magistrados italianos, em meados dos anos 60, que se uniram e formaram a chamada *Magistratura Democrática*, grupo que deu início ao movimento do *Uso Alternativo do Direito*. Mesmo sendo alvo opressão, conseguiu visibilidade. Tanto que, no início da década de 80, criou-se, na Espanha, o movimento *Jueces para la Democracia*, que ainda possui a finalidade de garantir os interesses populares. Posteriormente, o movimento alternativista espanhol, assim como o italiano, viria a influenciar o pensamento dos primeiros alternativistas brasileiros.

Em território nacional, com o advento do período ditatorial, na década de 60, a população perdeu grande parcela de seus direitos, sofrendo com políticas autoritárias por parte do Estado. Entretanto, o Poder Judiciário não sofreu grandes problemas decorrentes

do novo regime. Como salienta o saudoso alternativista Lédio Rosa de Andrade (2008, p. 20):

O Poder Judiciário, não obstante ter sofrido algumas restrições pelas legislações de exceção, foi o menos atingido e o que menos reagiu às violências praticadas pelos golpistas. Suas atividades, durante todo esse período, foram normais. O Direito Positivo, a prática forense em geral e um número significativo de juristas mantiveram suas funções sem grandes modificações, apesar da ditadura.

Assim, durante toda a ditadura militar, as decisões judiciais eram proferidas com base positivista, levando à risca a definição de Montesquieu, em que o Juiz é meramente a “boca da lei” (1748), não tendo nenhum compromisso com a justiça propriamente dita. Entretanto, com o exacerbado descaso na atuação dos magistrados para com a realidade, começou a surgir inquietação por parte de alguns Juízes. Amiltom Bueno de Carvalho relembra (1998, p. 35):

[...] com alguma frequência eram realizadas Assembléias Gerais – também no sentido técnico ou corporativista. Esses encontros permitiam, com efeito paralelo, ou até “perverso”, que os Juízes se conhecessem melhor. Isso serviu, no plano pessoal, para descobrir que outros colegas partilhavam da mesma angústia. Mas continuávamos “sós” (é de lembrar que vivíamos, ainda, em tempos não-democráticos), apesar de alguma troca de experiência.

Chegado o momento pré-constituente, foram coletadas sugestões para a nova Carta Constitucional, a serem debatidas no Congresso Nacional da Associação Brasileira de Magistrados. Sugestões de extrema relevância, como, por exemplo, a democratização do Poder Judiciário, reforma agrária, distribuição de renda, dentre outros. Após a juntada de material, foi criado um grupo de estudos no Rio Grande do Sul, já no final da década de 80, em que se discutia, desde temas políticos, ao contexto jurídico vigente até então. Aqui, vale apontar que os integrantes que constituíam o grupo de estudos eram uma pequena parcela de magistrados que, inclusive, realizavam os encontros, segundo Carvalho, “quase que às escondidas” (1998, p. 36).

Com o desenvolvimento e consolidação do grupo, tanto em palestras pelas universidades do país, como nas próprias sentenças, dentre outros meios, iniciou-se a propagação da ideologia. No dia 25 de outubro de 1990, ocorre o episódio que promoveu o satus do movimento em território nacional, em que o “Jornal da Tarde, de São Paulo, veiculou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Maklouf, com a manchete ‘JUIZES

GAÚCHOS COLOCAM O DIREITO ACIMA DA LEI” (ANDRADE. 2008, p. 26). A matéria tinha a finalidade de ridicularizar o movimento, porém, “a publicação acabou servindo como um grande veículo de propaganda, unindo vários magistrados descontentes com a postura tradicional do Judiciário” (ANDRADE, 2008, p. 27).

O apoio ao movimento após a manchete foi tão expressivo, que no ano seguinte, nos dias 4 a 7 de setembro de 1991, foi realizado o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, na cidade de Florianópolis, Santa Catarina. Nos anos seguintes, o tema ganhava repercussão e força. Houve um período em que o movimento se recolheu, entre 1994 e 1995, para, então, tarde do ano de 1995, ressurgir com novas obras. Até o final da década, o movimento ganhara bastante visibilidade e se via numa crescente.

Como o movimento possuía sua base na magistratura, ocorria uma notável mudança na jurisprudência. Os alternativistas proferiam sentenças tidas como “inovadoras”, ao ponto de contribuírem para a real efetivação e respeito a garantias e direitos substanciais para a sociedade:

Além da Constituição Federal, os juízes alternativos também, segundo Portanova (2003), fizeram cumprir o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e outros. (AIRES, CUNHA, MENEZES. 2015)

Na entrevista concedida por Lédio Rosa de Andrade, era razoável perguntar quanto às mudanças que o entrevistado pode perceber no movimento do Direito Alternativo, desde o início até os dias atuais. Começou explanando acerca do início do movimento, o qual atingiu seu auge nos anos 90. Pós ditadura militar, houvera maior euforia, grande número de trabalhos publicados, diversos eventos voltados para o tema, entretanto:

[...] Depois, com a mudança política, o PT chegando ao governo, partido de esquerda. Aí o Direito Alternativo meio que vai se diluindo. Hoje, eu posso até dizer que, como movimento organizado, não existe mais. Não fazem mais congressos. Já não escrevem mais livros sobre o tema específico. O que sobrou foi a ideia, muita coisa mudou. [...] Mas o movimento em si, que era forte, faziam congressos duas/três vezes ao ano, não existe mais.

O Direito Alternativo no Brasil surgiu com a inconformação de um grupo de magistrados perante um sistema conservador. Formou seus primeiros alternativistas num grupo de estudos, o qual, posteriormente, ganhou bastante visibilidade. Diversas

publicações, congressos, inúmeros direitos reconhecidos e efetivados, são consequência de uma atividade digna por parte dos alternativistas, que, em meio a tanta injustiça na atuação do Poder Judiciário brasileiro, remaram contra a maré, buscando atender os reais interesses da sociedade. Porém, com o passar dos anos, o movimento não permaneceu tão ativo.

Aqui, vale a reflexão: quando alguém, ou um grupo de pessoas, afirma que se pode abrir margem de interpretação na lei para interpretá-la a favor do social, não significa que não há impedimento para que outros também possam abrir margem de interpretação na lei, visando interpretá-la segundo seus interesses?

## 2.2 APLICAÇÕES DO DIREITO ALTERNATIVO

Transcorridos mais de vinte anos posteriormente a enunciação do Direito alternativo no Brasil, esse movimento perdura até os dias hodiernos, no entanto, houve modificações e aperfeiçoamentos em sua assimilação. Nesse sentido, na contemporaneidade a perspectiva alternativa de enxergar o Direito está manifesta em diferentes campos do Direito, a título de exemplo, na esfera do Direito Penal, o professor Salo de Carvalho e suas críticas acerca da crise de legitimidade do controle punitivo.

Da mesma forma o Direito alternativo está presente na esfera do Direito Civil, como evidenciado na Lei 8.009 de 1990 do Código Civil, que tornou impenhorável o único imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, as suas benfeitorias e os equipamentos e móveis que o guarnecem. Sendo penhoráveis os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Segue explanando nessa linha o professor Amilton Bueno (Direito alternativo teoria e prática, 2003, p. 46-50):

[...] Mas se esta classe média ocupa o pólo mais frágil da relação há de protegê-las, já que atualmente estão ocupando o mercado informal e tornando-se proletários.

O Direito alternativo tem como o seu escopo preponderante na modernidade, o profundo processo de interpretação da norma, para conseguir divergir caso a caso, sempre almejando a procura por mais justiça.

[...] O objetivo do Direito Alternativo visa buscar a estratificação das conquistas legais. Quando positivadas as conquistas sociais, o jurista deve interpretar no limite do positivado, não como dogma, mas como

forma de politizar a interpretação (CARVALHO, Direito alternativo teoria e prática, 2004, p. 62).

A disposição de uma lei é instituir um certo limite, o Direito alternativo meramente expande esse limite em benefício dos carentes.

[...] O movimento interpreta numa ótica multidisciplinar, apreciando a base econômica, material, histórica, sociológica e até psicológica dos litigantes (CARVALHO, Direito alternativo em movimento, 2003, p.78).

Lédio Rosa de Andrade, um importante ex-magistrado do Estado de Santa Catarina que compartilha da visão alternativa do Direito e ademais faz parte do MDA a datar de seu início, já proferiu múltiplos acórdãos que partilham das convicções do Direito alternativo, como os acórdãos a seguir:

TJSC. Apelação Cível: 2009.034492-3. Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade. DJ: 15/03/2011.

Apelação cível. Cobrança. Compra e venda de produtos alimentícios. Laudo técnico atestando a imprestabilidade da mercadoria para o consumo. Inaplicabilidade do CDC. ausência de relação de consumo. incidência do código civil. Prazo para reclamar por vício redibitório do art. 445 do CC. decadência. Entretanto, a ser relativizada, sobreposição dos princípios da boa-fé contratual, probidade e função social do contrato. Privilégio do conteúdo e não da forma. Recurso improvido.

TJSC. Apelação Cível: 2007.0053774-2. Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade. DJ: 15/03/2011.

Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de financiamento. Exigência da tarifa de liquidação antecipada. Multa contratual estipulada em 15% do saldo restante. Cláusula abusiva. Nulidade. Direito do consumidor à redução proporcional de juros e demais acréscimos. Exegese do art. 52, §2º, CDC. Devolução do valor desembolsado. Verba honorária mantida. Ônus sucumbenciais preservados. Recurso desprovido.

Nos citados acórdãos percebe-se uma defesa por parte do magistrado em relação a parte mais fraca das relações apresentadas. Nos dois casos em tela os consumidores estavam sendo cobrados de forma indevida. Nesse sentido, no primeiro caso nota-se a má-fé da contratada ao cobrar pelo produto estragado, e no segundo julga-se a favor da parte autora devido ao uso abusivo das multas contratuais, que já viraram rotina nos contratos de adesão.

Adiante, é concebível pronunciar que o Direito alternativo no Brasil, apesar dos pesares, persiste vivo nos dias que correm, em conformidade com o discernimento do professor Sergio Roberto Lema:

Finalmente, é possível afirmar que no Brasil o Direito Alternativo continua vivo e disseminado em salas de aula, grupos de estudo, atividades de extensão, sobretudo de assessoria jurídica popular, dentro e fora das instituições de ensino superior, junto às organizações populares que constroem o Direito nas lutas sociais, na atividade de diversos promotores de justiça, procuradores, magistrados e outros profissionais do Direito nas carreiras públicas. (LEMA, 2014, p. 157).

### 3 MÉTODO

O método mais adequado para tratar do objeto desta pesquisa é o dialético, pois só assim obter-se-á uma oposição de posicionamentos, de modo que na tese poder-se-á compreender o uso clássico do Direito Alternativo, ao passo que na antítese enxergar-se-á o uso avesso que se pode fazer dele, de forma a desaguarmos na síntese do projeto.

### 4 DISCUSSÃO

#### 4.1 A INVERSÃO DO STF NO HC 126.292/SP

Vistos como dá-se a criação do Direito Alternativo, bem como sua hodiernidade no cenário tupiniquim, debater-se-á agora acerca do *Habeas Corpus* 126.292, *j. 17.02.2016*, de relatoria do então Min. Teori Zavascki, no qual assentou-se o incrível entendimento de que uma regra constitucional pode ser tratada como mero princípio e acabar suprimida. O julgamento teve um placar apertado, e no qual a todo novo debate há sempre Ministros que mudam de posicionamento, de modo que no presente estudo nos prendemos aos votos dos Ministros Barroso, Edson Fachin e o eterno Teori Zavascki.

Naquele fatídico julgamento o Superior Tribunal Federal optou por entender que após acórdão do Tribunal o réu já pode começar a cumprir a pena em definitivo, de modo que a regra do art. 5º, inc. LVII, foi entendida pela maioria do Ministros como princípio, nada obstante ser regra, que deriva - agora sim - do princípio da presunção de inocência. No entanto, essa inversão de conceitos não foi a única argumentação utilizada pelos que votaram pela prisão já em segunda instância, de modo que, para tanto, alguns dos Ministros do Egrégio Tribunal valeram-se da ideologia alternativa para a fundamentação de seus votos. De maneira que - no nosso entendimento -, ocorreu um desvirtuamento de como deve ser aplicada a ideia alternativa de Direito.

Em seu voto, o excelentíssimo Min. Barroso, usa do alternativismo quando deixa sua função contramajoritária de lado e assume o posicionamento de quem busca atender aos anseios sociais.

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

Ante tal argumentação, fica clara a falta de neutralidade no voto do citado Ministro, de modo que ao querer moralizar a justiça para a sociedade, esquece que o direito penal não é condão moral em uma comunidade, e sim artifício de prevenção! Ademais, crítica ainda, a massiva quantidade de processos que prescrevem devido à demora no andamento processual, porém ao citar esse argumento de cunho da política criminal, esquece de avaliar a morosidade do Poder Judiciário em solo da estigmatizada colônia luso-brasileira. Nesse ponto, a quantidade de recursos a serem interpostos pelas partes do processo realmente prejudicam a velocidade processual, nada obstante a isso a forma de alterar tal problema não é subverter uma regra constitucional, e sim reformar o código de processo penal e reavaliar a quantidade de recursos cabíveis às decisões do judiciário. Nessa mesma linha, o entrevistado Lédio Rosa, quando questionado sobre tal decisão posiciona-se da seguinte forma:

O judiciário é lento, o judiciário demora, e a culpa disso é do judiciário, o réu não tem culpa disso. Aí tem que resolver o problema que é a lentidão do judiciário, e o que eles fazem? Prendem antes! Aí quem paga a conta da lentidão do judiciário é o réu, que não deveria estar preso porque não transitou em julgado a sentença. Então, se há um problema de demora, vamos resolver o problema. Mas não, no Brasil eles fazem tudo ao contrário, aí pega e prende antes. E isso é política pura, tanto que tá 6 a 5.

Logo, frente a protelação do Legislativo, comparece frente às telas de repercussão nacional um Supremo que parece tudo poder e tudo fazer. Escapando diversas vezes de suas atribuições, o STF não só julga, como também legisla valendo-se de um viés alternativo que, na ânsia de “salvar” a população verde e amarela, sufoca a Constituição e suas normas.

O supracitado Ministro apela ainda em seu voto para a seletividade do sistema penal e aduz:

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

Nesse ponto Barroso lembra que o sistema penal brasileiro pune mais aos pobres do que aos ricos, de modo a sustentar-se na lógica marxista da luta de classes que anima aos ideais alternativistas. Entretanto, esse estratagemma não pode ser ponto válido a ponto de subverter uma norma constitucional, visto que - mesmo sabendo que tal problema apontado existe -, sua solução não passa pelas mãos do judiciário, e sim por reformas na política criminal dos estados! Não cabe aos Ministros da Suprema Corte, avaliando um *Habeas Corpus*, seja da pessoa mais rica ou da mais pobre deste país, dizer que por conta de que prendemos mais uns do que outros deve-se passar a prender já em segunda instância! Portanto, percebe-se, pois, que mais uma vez o Excelentíssimo Ministro Barroso foge da sua função e, valendo-se da alternatividade, julga de forma parcial de forma a invadir um espaço que não cabe ao Poder Judiciário, mas sim - por mais omissos que sejam os legisladores - ao Poder Legislativo.

Frente tal exposição, cita-se aqui uma contradição encontrada em um dos argumentos formulados pelo Ministro Barroso, quando na quadragésima quinta pontuação do seu voto diz que, em regra, os julgados em segunda instância sobem ao STF. No entanto, logo em seguida, na quadragésima sexta pontuação, traz que a maioria dos presos, os quais superlotam o sistema penitenciário brasileiro, não tem recursos monetários “para interpor um recurso atrás do outro”. Cita-se:

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal [...].

E em seguida:

46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já

demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro [...].

Ora, questionamo-nos. Se a maioria dos presos no Brasil são monetariamente incapazes de suprir recurso atrás de recurso, tanto ao STF, quanto ao STJ, como que o padrão será os processos subirem às instâncias superiores?

Ante tais argumentações usadas pelo Ministro Barroso ressalta-se que tais argumentos foram reiterados e elogiados pelos demais que votaram junto dele e do Ministro Relator. De modo que, parte-se agora para o voto do Relator Teori Zavascki, o qual em certo momento da sua fala ressalta o uso das instâncias superiores como forma de protelar o trânsito em julgado.

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

Nesse ponto é importante que se questione. Todos os sentenciados em segunda instância no Brasil sobem aos Tribunais superiores para interpor recursos? Por óbvio que não! Segundo dados mais recentes do Infopen, os quais datam de junho de 2016, 40% da população brasileira sequer foi sentenciada. Acrescenta-se a isso que 53% dos presos são pessoas com ensino fundamental incompleto. Logo chega-se a um cenário em que ou os encarcerados sequer têm sentença para recorrer, ou não têm suficiência econômica para tal - visto que, grande parcela desses presos sem qualificação estudantil encaixa-se nesse perfil de hipossuficiência econômica. Agora, quanto aos que têm capacidade de recorrer, e exercem esse direito, esses não podem ser tolhidos de apelar aos juízos superiores em liberdade por conta de alguns que exercem tal direito com fins terceiros. Ademais, Zavascki traz dados usados pelo também ex-Ministro Joaquim Barbosa em um outro julgamento, no qual inteirava:

[...] fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da

progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”.

Entretanto, não se pode dizer que havendo um baixo número de recursos providos, explica-se tal fenômeno acusando tais recursos de serem de mero interesse protelatório. Para tal seria necessário um levantamento analisando caso a caso, os quais envolveriam estudos subjetivos na vontade de cada interpositor das apelações, e não dados gerais como fez o jurista Joaquim Barbosa.

Diante de tais exposições comenta-se agora o voto do Ministro Edson Fachin, o qual trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal como regra, entretanto diz não se apegar a literalidade dessa. Diz o Excelentíssimo:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

Nesse ponto torna-se eminente a necessidade de um esclarecimento da diferença entre princípios e regras. Para tanto citamos o artigo “Princípio e regras: mitos e equívocos” do professor constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, no qual é exposto o entendimento de filósofos como Alexy e Dworkin, e o entendimento da distinção no direito brasileiro. Segundo o próprio professor (2009, p. 612):

[...] *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

Acrescentamos ainda a diferenciação feita através de deveres (2009, p. 619):

[...] A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma "conseqüência determinada" ou de "vagueza". A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*.

Logo, das pontuações feitas pelo professor Virgílio fica claro que há distinção entre princípios e regras. Princípios devem ser realizados na maior medida possível, de forma que as regras servem para concretizar a formalidade instituída por um princípio. Portanto, do princípio da culpabilidade - ou da não culpabilidade - surge a regra que deve

ser seguida na sua literalidade, pois não se trata de direito *prima facie* o qual poderá ter sua amplitude tolhida quando colidir com outro direito, mas sim um direito em definitivo.

Portanto, depreende-se, pois, que o julgamento do *Habeas Corpus* trilhou caminhos claramente alternativistas, entretanto trilhou tais caminhos na contramão, de modo que se o movimento que se iniciou na década de 80 abriu uma via de garantias para ajudar a população que grita por ajuda, deixou aberto também “uma via de 5 mãos para que fosse feito o contrário”, isso nas palavras do próprio Lédio Rosa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Logo, ante todo o estudo feito e debatido chegasse à conclusão que não há limites fixados no Direito alternativo Brasileiro, visto que não há uma teoria sobre essa ideologia. E mesmo que tivesse, ela não seria seguida. Isso nas palavras do próprio entrevistado:

O grande problema é que qualquer teoria, não amarra emoções humanas, se as teorias amarrassem, o mundo já estava melhor a muito tempo. [...] um escritor inteligente pode escrever uma teoria maravilhosa, mas ele não pode amarrar as pessoas a ela e fazer elas seguirem essa teoria.

Portanto, compreendemos da presente análise feita que o Direito Alternativo chegou em solo tupiniquim para ajudar aos que mais sofrem com arbitrariedades e algumas leis que não são feitas pensando no bem-estar social. Não obstante, do caminho trilhado pelos juristas italianos até o Brasil hodierno, faltou uma teorização do que é esse direito. E por mais que uma possível teoria não fosse seguida à risca, fechar-se-ia a estrada para diversas situações em que o Direito alternativo foi usado às avessas. Nesse diapasão, é importante frisar que o ocorrido no controverso e polêmico julgamento do Supremo, não foi apenas um atentado contra a distinção entre princípios e regras, como também um atentado contra a ideologia alternativa.

Enfim, mesmo sabendo das dificuldades em promover mudanças no cenário pintado para a República das margens plácidas de um certo Rio Ipiranga, crê-se em uma futura teorização para o Direito Alternativo, de modo a retirarmos do coma essa ideologia que tanto preza pelos mais necessitados, onde quer que estejam.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Marco Antônio Pontes. CUNHA, Daniela Estivalet. MENEZES, Cristiane Penning Pauli de. O Direito Alternativo como mecanismo de efetivação da justiça social. **Revista Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entrementes**, Santa Maria, ed. 12, ano 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 abr. 2018

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo em movimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo teoria e prática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Jurisprudência. Santa Catarina, 2014**. Disponível em: <<http://www.lediorosa.com.br/direito/deciso/es/>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

LEMA, Sergio Roberto. **Roberto Lyra filho e o Direito alternativo brasileiro**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização Junho 2016**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): p. 607-612.