

**A (IN)ADEQUADA RECEPÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO HABEAS CORPUS
Nº 126.292**

*The (in)appropriate reception of the Robert Alexy's theory by the Brazilian Supreme Federal Court: an
analysis of the decision pronounced in Habeas Corpus nº 126.292*

Guilherme Sangalli Sandri

guilherme@sandri.adv.br

Afiliação: Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS. São Leopoldo, RS, Brasil.

Mestre em Direito

Resumo

O presente trabalho busca analisar a decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292 e sua (não) adequação a teoria desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy. No caso estudado, o Supremo Tribunal Federal considerou ser possível o cumprimento da pena de prisão após ser proferida a decisão condenatória de segundo grau. Para tanto, nas razões de decidir, foi sustentada a necessidade de realizar uma ponderação entre possíveis princípios colidentes, quais sejam o da efetividade da lei penal e o da presunção de inocência. Diante deste cenário, buscamos verificar se os argumentos apresentados e razões de decidir estariam em consonância com a teoria do jurista alemão, especial no tocante a aplicação e concretização dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Robert Alexy. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ponderação.

Abstract

The present work seeks to analyze the decision rendered in Habeas Corpus nº 126.292 and its (not) adequacy to the theory developed by the German jurist Robert Alexy. In this case, the Federal Supreme Court considered the possibility of imprisonment after the second-degree decision. In its reasons was argued that there was a need to consider possible colliding principles, such as the effectiveness of the criminal law and the presumption of innocence. In this scenario, we sought to verify whether the arguments and reasons for deciding would be in line with the theory of the German jurist, especially with regard to the application and realization of fundamental rights set out in the Constitution.

Keywords: Presumption of innocence. Robert Alexy. Fundamental rights. Federal Court of Justice. Constitutional right. Weighting.

1 Introdução

Diante de um panorama de expansão do Direito Penal, são cada vez mais comuns atos que relembram a observância de direitos e garantias, com o intuito de busca por uma pretensa eficiência na aplicação da lei.

Este anseio por celeridade e eficiência no direito pátrio não é recente, tendo em vista que no ano de 1998 fora aprovada Emenda Constitucional que visava positivizar a eficiência como um dos princípios a serem observados pela administração pública.

Todavia, em uma sociedade onde a informação circula em alta velocidade em virtude da evolução das novas tecnologias, a busca por celeridade na concessão de respostas adequadas está cada vez mais presente no âmbito do Direito, sendo que a morosidade do judiciário passou a ser um dos principais alvos das críticas advindas da opinião pública.

A famosa frase de Rui Barbosa, afirmando que “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, passou a embalar movimentos de pressão pela efetividade e celeridade na aplicação da lei, os quais obtiveram cada vez mais respaldo dentro da comunidade jurídica.

No entanto, importante questionar qual seriam os impactos produzidos em nosso Direito na busca de um direito que preze em absoluto pela sua efetividade. Ela se justificaria em quais casos? Seria possível a diminuição de garantias no processo penal simplesmente em busca da efetividade do processo? A efetividade é contrária ao sistema de garantias penais? Efetividade seria o mesmo que celeridade? E ainda, a efetividade do direito é aceita a qualquer custo?

Diante de tais questões, o presente trabalho buscou analisar o embate argumentativo entre a efetividade e a garantia constitucional da presunção de inocência na decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em especial no voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento sobre a impossibilidade de prisão do réu antes do trânsito em julgado da ação penal, considerando possível a prisão do paciente após a decisão condenatória de segunda instância.

Posteriormente, o Supremo seria provocado a decidir novamente sobre o tema em sede de controle abstrato de constitucionalidade¹, revertendo a jurisprudência mais uma vez para a interpretação anterior e entendendo pela impossibilidade de aplicação da pena antes do trânsito em julgado.

No entanto, apesar da reversão da jurisprudência do Tribunal Constitucional, julga-se de extrema importância realizar um detido estudo sobre a decisão proferida do Habeas Corpus nº 126.292/SP, haja vista que é possível observar uma tentativa de conciliar a efetividade e presunção de inocência por meio da ponderação.

Ante o pretenso embate entre efetividade e o respeito a garantias processuais, busca-se analisar o conflito entre os princípios destacados pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso e a ponderação proposta com base na teoria de Robert Alexy, a fim de verificar se é possível falar em uma aplicação da rigorosa teoria do jurista alemão na decisão proferida ou se estaríamos diante de mera escolha arbitrária.

¹ A revisão jurisprudencial ocorreu no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, onde por maioria foi decidido pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal que exige a condenação criminal transitada em julgado para início do cumprimento da pena. Todavia, neste novo julgamento há manutenção do posicionamento de diversos Ministros com relação a decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292/SP, cabendo destaque especial ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que reprisa o seu argumento acerca da necessidade de ponderar os princípios da presunção de inocência e da efetividade do processo penal.

Neste sentido, o presente trabalho busca realizar uma breve análise da teoria desenvolvida por Robert Alexy a fim de compreender o contexto de seu surgimento, o paradigma jurídico em que a mesma se encontra inserida, bem como seu desenvolvimento a fim de compreender as possibilidades de soluções jurídicas racionalmente fundamentadas no caso de conflitos de normas.

Após a análise da teoria produzida pelo jurista alemão, adentraremos no estudo da ponderação realizada quando da decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP, com o intuito de responder questões como: realmente o Supremo Tribunal Federal se encontrava diante de um conflito de princípios? Devia o caso telado ser resolvido pela ponderação? A ponderação teria sido feita de acordo com a teoria alexyana? Teria sido uma decisão arbitrária? Não caberia ao legislativo regulamentar a questão da prisão em segunda instância, caso esta fosse desejável?

Através de tais indagações, o presente artigo pretende realizar uma análise do uso da ponderação pelo Tribunal Constitucional Brasileiro no caso estudado, para que se possa observa se há um devido respeito ao rigor da ponderação desenvolvida na teoria do jurista alemão ou tão somente tal argumento serve para que os julgadores escolham a solução que entendem como mais adequada, mesmo que isso corresponda a ir além das regras aplicáveis ao caso.

2 O contexto do surgimento da teoria de Robert Alexy: a ascensão do neoconstitucionalismo como alternativa ao positivismo(?)

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma grande reação no campo Direito com o intuito de contrapor-se a uma concepção legalista que dominava o pensamento jurídico naquela quadra da história, uma vez que os horrores perpetrados pelos regimes totalitários que culminaram neste grande conflito encontravam-se amparados pela legislação construída à época.

Por tais razões, surge um movimento que busca a construção de um novo modelo, não mais amparado pelo positivismo jurídico, o qual foi nominado de neoconstitucionalismo.

Sob o pretexto de superação do positivismo, o neoconstitucionalismo abarca uma grande quantidade de autores e posturas teóricas que nem sempre possuem uma conexão teórica, podendo ser caracterizado pelo surgimento de três novos elementos: novos textos constitucionais, nova teoria da constituição e nova postura jurisprudencial (STRECK, 2017).

Esses novos textos constitucionais trazem consigo uma ampla previsão de direitos fundamentais, deixando de buscar somente a regularização e organização do poder estatal, passando a interferir diretamente nas relações privadas.

É neste sentido o magistério de Anderson Vichinheski Teixeira e Isadora Ferreira Neves

[...] o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais surgidos após a 2ª Guerra Mundial. São constituições que não se restringiam a estabelecer as competências e a separar os poderes públicos, mas que continham normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. As constituições que são o foco central da teoria neoconstitucionalista caracterizam-se ainda por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, o que renova a relação entre o Estado e os cidadãos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988 e da colombiana de 1991. (TEIXEIRA; NEVES, p. 179)

Diante deste novo paradigma, Robert Alexy desenvolve uma teoria onde a solução acerca do conceito de Direito perpassa o debate entre as teorias positivas e não-positivista. Tal pensamento, tem fundamento no embate sobre qual seria o papel da moral no Direito, sendo que de um lado positivistas defenderiam a separação total entre ambos, enquanto as teorias não-positivistas sustentariam a vinculação entre ambos (DALLA BARBA, 2017).

De acordo com Herbert Hart (2001), as teorias positivistas eram fundamentadas em uma necessária separação entre direito e moral, arguindo que somente o elemento da decisão de autoridade e o elemento da efetividade social, comporiam o direito.

Para estes, o Direito dependeria exclusivamente daquilo que é estabelecido de acordo com as exigências do próprio ordenamento jurídico ou que obtenha um contundente respaldo social, o que possibilitou o surgimento dos regimes totalitários que eclodiram com a Segunda Guerra Mundial e exigiu que os juristas buscassem uma nova alternativa para que o Direito não amparasse os horrores até então praticados.

Ainda, os juspositivistas reconhecem a existência de uma “textura aberta” na norma, sendo traduzidas em casos onde não seria possível chegar a uma conclusão sobre como a norma produzida de acordo com o ordenamento e aceita pela comunidade resolveria o caso concreto, o julgador estaria autorizado a criar novo direito com base em critérios extrajurídicos (HART, 2001).

Em contraste com esta teoria, e buscando superá-la, os não positivistas argumentam em favor da tese de vinculação entre direito e moral que se somaria aos elementos da decisão de autoridade e da efetividade social.

Através do reconhecimento desta conexão entre direito e moral, Alexy reconhece um contexto de abertura do Direito, porém afirma que nestes casos o julgador estaria vinculado pelos princípios que compõe o ordenamento jurídico, não podendo criar novo direito a partir destes casos (DALLA BARBA, 2017).

Neste sentido, leciona Rafael Giorgio Dalla Barba que

[...] o neoconstitucionalismo – agarrando como principal suporte teórico as teorias de Robert Alexy – direciona-se para uma construção do Direito como um modelo não apenas de regras, mas também de princípios, entendidos estes como normas que consagram valores ou comandos axiológicos aptos a conectar a Moral como elemento de complementariedade do próprio Direito. (DALLA BARBA, 2017, p. 41-42)

É diante deste contexto que Alexy desenvolve o seu pensamento jurídico com o intuito de superar o paradigma do juspositivismo e reconciliar o Direito à moral, o que faz com todo o devido rigor metodológico a fim de que o Direito não fique refém juízos morais dos julgadores.

3 A aplicação, distinção e conflitos entre regras e princípios na teoria de Robert Alexy

Diante do novo paradigma instituído pelo neoconstitucionalismo, com especial destaque à positivação de direitos fundamentais nos Textos Constitucionais, em 1986 Robert Alexy publica a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tendo como principal objetivo a elaboração de uma teoria jurídica que dê conta da fundamentação dos direitos fundamentais na Constituição alemã (ALEXY, 2008).

Através de tal obra, Alexy pretende dar conta desta relação entre os direitos fundamentais inclusos na Constituição alemã a partir do paradigma neoconstitucional e suas consequências para o Estado, buscando delimitar qual seria o alcance de tais direitos (DALLA BARBA, 2017).

Para verificar a validade na aplicação de tais normas de direito fundamental o autor busca analisar sua estrutura, a fim de construir uma teoria que se possa garantir a validade de sua aplicação.

Neste sentido, divide tais direitos entre aquilo que denomina como “disposição de direito fundamental”, onde a interpretação do texto constitucional não demandaria maiores dúvidas, momento em que estaríamos diante de uma regra (DE MORAIS, 2016).

Em outros casos, Alexy afirma que existiriam proposições jurídicas que se apresentam estruturalmente e semanticamente abertas, exigindo uma atuação do Tribunal Constitucional alemão para seu conhecimento, caso em que se estaria diante de princípios (DE MORAIS, 2016).

A diferença entre tais comandos normativos, fez com que Alexy se ocupasse com a distinção entre princípios e regras na construção de uma teoria para a aplicação dos direitos fundamentais, haja vista que buscando superar paradigmas anteriores, buscou desenvolver uma rigorosa teoria que não se limitasse a literalidade das regras, nem restasse refém de juízos morais e opiniões dos juízes.

Por tais motivos, observa ser de grande necessidade abordar a distinção entre regras e princípios construída pelo autor, a fim de poder determinar a fundamentação necessária para cada um destes tipos normativos (DE MORAIS, 2016).

3.1 A diferença entre regras e princípios.

Para que seja possível avaliar estrutura dos direitos fundamentais, se faz necessário abordar o tema da distinção entre regras e princípios presente na obra de Robert Alexy.

De acordo com Rafael Giorgio Dalla Barba

Essa cisão constitui a estrutura de uma teoria normativo-material, além de ser a base da teoria dos direitos fundamentais e a chave para a solução das controvérsias jurídicas no que diz respeito aos direitos fundamentais. (DALLA BARBA, 2017, p. 64-65)

Dessa forma, podemos afirmar que a possibilidade de verificar a concretização dos direitos fundamentais em uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, depende de uma análise sobre a distinção entre regras e princípios, bem como de um exame das soluções proposta por Alexy para os conflitos entre as categorias normativas a serem distinguidas.

De início, importante ressaltar que o autor afirma que a distinção entre ambas seria de caráter qualitativo e não quantitativo (ALEXY, 2008).

Por serem espécies diferentes de normas, requerem fundamentações diferentes na hora de serem aplicadas, sendo que é através da distinção de ambas que se verifica a possibilidade de analisar a correta aplicação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos nas decisões que visem sua concretização.

Para o jurista alemão, as regras seriam espécie de norma que prescreveriam um ato e uma consequência jurídica definitiva que surgiria no caso de sua realização, razão pela qual o seu método de aplicação seria o da subsunção. Tais normas são consideradas como “mandamentos definitivos”, que

ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva (ALEXY, 2009).

Dessa forma, **é possível** concluir que as regras determinam as condições fáticas e jurídicas para sua aplicação com a previsão de hipótese em que incidirá, bem como as consequências da ocorrência da hipótese prevista no mundo real.

De outra parte, Alexy considera os princípios seriam “mandados de otimização”, ordenando que algo seja realizado na máxima medida de acordo com as possibilidades reais e jurídicas, sendo dada a estes uma dimensão de peso.

Dessa forma, ao contrário das regras onde há ou não há aplicação de sua previsão, o conteúdo dos princípios é realizado em diferentes graus limitados pelas condições fáticas, bem como pelas condições jurídicas, representadas pelas regras, e principalmente por outros princípios aplicados ao caso, motivo pelo qual o autor sustenta que sua aplicação se daria por intermédio da ponderação (ALEXY, 2009).

É neste ponto que a teoria alexyana apresenta seu ponto primordial a esta pesquisa, haja vista que buscando analisar o conflito existente entre a efetividade na aplicação da legislação com a proteção de garantias constitucionais do réu, será necessário considerar a solução proposta para o conflito normativo pelo autor alemão, a fim de se posteriormente analisar a decisão proferida pela Corte Constitucional Brasileira.

Neste sentido, é possível destacar que a importância dos princípios jurídicos e dos métodos de resolução de seus conflitos reside justamente no campo abordado no capítulo anterior, de que diante de comandos que apresentam uma “textura aberta” o julgador encontra-se vinculado aos princípios jurídicos que compõe o ordenamento, não sendo possível aceitar que a este é concedida a autorização para atuar além do direito regularmente construído e adotar um modelo arbitrário de decidir.

Portanto, superada a distinção de ambas categorias normativas, há de se verificar as situações correspondentes aos conflitos de regras, colisões de princípios e ainda, observar se há como se sustentar e existência de situações onde regras e princípios colidiriam.

3.2 O conflito de regras

Em razão de sua natureza e as de seu regime de aplicação por subsunção, para Alexy, o conflito de normas “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” (ALEXY, 2008, p. 92).

Sendo as regras comandos definitivos onde não é possível que se faça exatamente aquilo que o seu texto exige, ou ainda, afastá-las completamente. Em tais casos não é possível aplicar a norma pela metade ou parcialmente, a não ser que seja declarada sua nulidade parcial ou então, exista uma cláusula de exceção que assim preveja.

Tal conclusão se extrai do próprio magistério de Robert Alexy, haja vista que o próprio autor considera que “não é possível que dois juízos contraditórios de dever-ser sejam válidos.” (ALEXY, 2008, p. 92).

3.3 A colisão de princípios

Como visto, Alexy defende que os princípios, por serem mandados de otimização, são delimitados pelos demais princípios que constituem o ordenamento, exigindo que em casos em que dois ou mais princípios entrem em conflito, seja realizada uma harmonização onde um (ou mais) destes terá que ceder, razão pela qual são aplicados de acordo com a máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008).

Para o autor, estivermos diante de um conflito de princípios, se faz necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é dividido em três princípios parciais: o princípio parcial da idoneidade, o princípio parcial da necessidade e o princípio parcial proporcionalidade em sentido estrito (GAVIÃO FILHO, 2010).

O princípio parcial da idoneidade, correspondente ao primeiro estágio da máxima da proporcionalidade, serve para verificar se o meio adotado seria adequado para alcançar o fim pretendido.

Para Anizio Pires Gavião Filho

O princípio parcial da idoneidade indaga se a medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico protegido constitucionalmente. Se a medida de intervenção em um direito fundamental não promover a realização do outro direito fundamental, então ela não estará justificada. (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 274)

Dessa forma, a idoneidade justifica sua posição como primeiro princípio parcial da proporcionalidade pois no caso de se concluir que a aplicação desta máxima não seja meio não seja o adequado para resolver o conflito normativo analisado, uma vez que “os direitos fundamentais somente podem suportar intervenções justificadas pela realização de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos protegidos pela Constituição” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 274-275).

Superada a análise correspondente ao princípio parcial da idoneidade, a teoria alexyana exige que se faça uma análise do princípio parcial da necessidade. Em tal estágio, após consideradas as medidas de concretização dos direitos fundamentais como igualmente idôneas, busca promover a máxima consagração dos princípios colidentes, ante a busca do meio menos gravoso, devendo optar por aquele que menos intervenha em outro direito fundamental. (GAVIÃO FILHO, 2010).

Assim, é por meio da aplicação do princípio parcial da necessidade que a teoria alexyana pretende garantir a máxima observância dos direitos fundamentais aplicáveis ao caso em análise, haja vista que diante de uma colisão de princípios busca privilegiar aquele que cause menos impacto aos demais.

Por fim, somente no âmbito do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito é que seria realizada a ponderação de princípios. Todavia, tal ponderação não corresponderia a uma livre escolha do julgador sobre o princípio a ser aplicado ao caso, sendo esta submetida a lei de sopesamento construída pelo jurista alemão.

Ao elaborar a lei do sopesamento, o autor adota uma fórmula com o intuito de conferir um rigor na aplicação das regras de ponderação entre princípios utilizando-se de uma ordenação de precedência entre os princípios jurídicos colidentes. (ALEXY, 2008)

Alexy refere que a lei de sopesamento consistiria no seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167)

A fim de manter o rigor de sua teoria, Alexy divide a análise desses graus em três estágios:

- i) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido;
- ii) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido;
- iii) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental. (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 284)

Portanto, a ponderação é meio hábil para solucionar eventual colisão de princípios somente quando comprovado o grau de não cumprimento de um dos princípios envolvidos, a importância do cumprimento daquele que se dará preponderância, e por fim, se a importância no cumprimento de um destes justifica a mitigação do outro.

3.4 É possível falar de conflito de regras e princípios na teoria alexyana?

Como visto anteriormente, o autor sustenta que a distinção de regras e princípios não seria uma distinção de grau, mas sim uma distinção qualitativa. Dessa forma cumpre questionar, não havendo distinção de grau, como se resolveria possíveis conflitos entre regras e princípios? Ou ainda, faz sentido falar em conflito entre regras e princípios?

No âmbito da aplicação de uma regra ou princípio ao caso concreto, Robert Alexy reconhece a existência de uma primazia no nível das regras, afirmando que “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.” (ALEXY, 2008, p. 140).

Ou seja, para Alexy, quando o texto constitucional prescreve uma hipótese e uma consequência de sua realização no mundo real, este teria ido além e aplicado os princípios que regem aquele ordenamento jurídico para o fato previsto na norma.

Portanto, o respeito ao Texto Constitucional exigiria uma submissão ao legislador constituinte, não sendo possível que o Tribunal Constitucional se utilize de princípios com o mero intuito de fazer valer a vontade particular de seus componentes e superar aquilo que está disposto no texto constitucional.

Todavia, há de se ressaltar que esta não é uma primazia estrita. De acordo com o autor

- [...] aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação literal da Constituição possa ser afastado. (ALEXY, 2008, p. 140)

Neste sentido, há de se levantar razões de princípio suficientes para que o princípio da vinculação literal da Constituição possa ser mitigado a ponto de afastar a própria segurança jurídica proveniente de seu texto.

Daí porque na doutrina apresentada, não faz sentido falar em colisão entre regras e princípios, uma vez que havendo razões de peso para afastar determinada regra, se estará diante de um possível conflito entre o princípio a ser aplicado e o princípio da vinculação literal da Constituição.

Assim, podemos concluir que para Alexy existe uma necessária primazia das regras em face aos princípios, haja vista que no âmbito das regras o legislador constituinte teria as formulado como meio da aplicação dos princípios ao caso concreto através da previsão do suporte fático e da consequência direta de sua ocorrência, sendo aceito somente em casos excepcionais o afastamento de uma regra para a aplicação de determinado princípio.

4 Análise da decisão do *habeas corpus* 126.292/SP a luz da teoria de Robert Alexy

Apresentados os principais contornos acerca da teoria do professor Robert Alexy, cumpre agora analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, com destaque ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de verificar a compatibilidade das razões da decisão com os critérios teóricos apresentados.

No processo em destaque, a Corte Suprema reverteu o posicionamento até então pacífico acerca da impossibilidade do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal entendimento tinha como base a interpretação literal da norma contida no art. 5º, LVII, a qual assegura “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

4.1 Estava o Supremo diante de um conflito de princípios no caso analisado?

Ao decidir pela possibilidade de prisão do réu após decisão condenatória de segunda instância, o Supremo Tribunal Federal afirmou ser necessária a realização de uma ponderação entre princípios que estariam em colisão no caso, os quais seriam o da presunção de inocência e o princípio da efetividade da lei penal.

Em seu voto, o Ministro Luiz Roberto Barroso, com fundamento em Alexy, afirma que princípios seriam

[...] “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2016, p. 12-13)

Ao justificar a necessidade de ponderação, o Ministro refere

Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. (BRASIL, 2016, p. 13).

No entanto, por mais que a presunção de inocência seja um princípio extremamente caro ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir da perspectiva alexyana, é possível concluir que a norma contida no art. 5º, LVII da Constituição Federal, na verdade se trata de uma regra que visa consagrar o princípio da presunção de inocência, impossibilitando considerar culpado aquele contra quem não há sentença penal condenatória transitada em julgado.

Importante destacar que além da regra que proíbe o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado, o princípio da presunção de inocência reflete em outras normas constantes em nosso ordenamento como o direito ao silêncio por parte do réu e a garantia de que seu silêncio não lhe prejudicará, bem como na impossibilidade de condenação do acusado em caso de dúvidas sobre a prática do crime (*in dubio pro reo*).

Portanto, afirmar que a presunção de inocência estaria limitada a previsão constitucional invocada, limitaria e muito o alcance de tal princípio que norteia o processo penal pátrio.

Como analisado anteriormente, para que fosse possível deixar de aplicar conteúdo de regra expressamente contida na Constituição Federal, seria necessário apresentar razões de princípios fortes o suficientes para contrariar seu texto expresso, uma vez que Alexy defende a precedência do nível das regras em face ao nível dos princípios.

No entanto, no caso telado a regra contida na Constituição Federal, onde havia clara previsão de hipótese e consequência, fora completamente ignorada, sendo possível argumentar pela ocorrência de excesso de poder exercido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não caberia ao Poder Judiciário alterar a aplicação da norma expressa na Constituição.

Tal conclusão, é amparada na lição de Fausto Santos de Moraes, que ao analisar a obra de Robert Alexy afirma que

A interpretação de Alexy ora defendida é especialmente importante no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação pelo Poder Judiciário no Brasil. Por conta disso, não deve o juiz-intérprete ponderar princípios quando o texto constitucional aponta manifestamente para um determinado resultado. Em casos assim (...) A forma de modificar esse resultado seria mediante emenda constitucional, quando possível. (DE MORAIS, 2016, p. 52)

Ou seja, havendo regra expressa na Constituição e na legislação infraconstitucional acerca do tema e não sendo apresentadas razões o suficientes para superar aquilo que Alexy denomina de princípio da vinculação literal a Constituição, não cabia ao Tribunal Constitucional realizar a ponderação de princípios para verificar a possibilidade ou não do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

4.2 A decisão observou o princípio da proporcionalidade? A ponderação foi feita de acordo com a teoria de Robert Alexy?

Apresentadas as razões que justificam o ponto contrário ao pretense conflito de princípios apontado, cumpre ainda realizar uma atenta análise sobre se o caso estudado comportava solução através da ponderação e ainda, se a ponderação realização seria adequada a teoria de Robert Alexy.

Neste ponto, importante destacar trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, onde este afirma que

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. (BRASIL, 2016, p. 15)

Diante do trecho destacado, é possível observar apesar de argumentar pela necessidade de ponderação, resta clara a inexistência de qualquer procedimento que se assemelhe a ponderação como até então apresentada, sendo que o julgador limita-se em referir que a presunção de inocência adquiria peso gradativamente menor após a decisão de segundo grau, em razão de haver uma demonstração segura da responsabilidade do réu e da impossibilidade de se analisar fatos e provas nos Tribunais Superiores.

Não há menção a qualquer juízo relativo aos princípios parciais da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que fundamentem a escolha do Ministro pela aplicação de um princípio e restrição do alcance de outro.

No tocante a idoneidade, devia o Ministro questionar se a antecipação da prisão do condenado em segundo grau seria o meio adequado para concretizar a desejada efetividade da lei penal.

Não tendo sido levantadas questões sobre a idoneidade da medida escolhida, qual seja, a relação entre o fim de privilegiar a efetividade da lei penal e o meio adotado com a antecipação do cumprimento da pena condenatória, não há como se sustentar a necessidade de ponderação.

Através da lógica adotada, a lei penal teria o mero intuito de condenar possíveis praticantes de delitos, sendo que a sua efetividade seria alcançada através de meios que facilitassem o cumprimento da pena.

Não havendo idoneidade entre a decisão adotada e o princípio a ser privilegiado, tampouco poderíamos falar em necessidade e proporcionalidade na solução apontada na decisão.

Diante disso, podemos concluir que a ponderação deu-se através de uma simples escolha arbitrária realizada pelo Ministro para que se decidisse conforme a sua consciência compreenderia que seria a melhor maneira, sem que se atentasse para as regras que “definem o jogo”.

Neste sentido, é a crítica de Fausto Santos de Moraes ao considerar como inadequada a recepção da teoria do jurista alemão pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, restando clara a sua utilização com o mero intuito de possibilitar a ocorrência de arbitrariedades (DE MORAIS, 2016).

Da observação das razões de decidir, resta clara ausência de compatibilidade das razões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para a utilização da proporcionalidade no caso analisado e a teoria de Robert Alexy, haja vista que o jurista alemão buscou construir uma rigorosa teoria que solucionasse a colisão entre princípios, a qual em nenhum momento foi observada.

5 Considerações finais

Pelo exposto, pode-se concluir pela clara inadequação da recepção da teoria de Robert Alexy na decisão do Habeas Corpus nº. 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal².

Da análise da decisão foi possível concluir que apesar de serem invocados os seus ensinamentos, não há qualquer preocupação com o respeito ao seu criterioso método alexyano de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos em normas constitucionais.

Em que pese a constante utilização da técnica da ponderação para pretensas soluções de colisão de princípios, no judiciário brasileiro são raros os casos onde se observa a realização de juízos de idoneidade e necessidade da medida, os quais devem necessariamente serem observados antes da possibilidade de se ponderar a aplicação de princípios no caso concreto, de acordo com a máxima da proporcionalidade.

Como se não bastasse a superação de tais etapas sem que haja razões suficientes para tanto, a proporcionalidade tem sido adotada para amparar uma mera escolha de princípios ao caso que possuem fundamento único na preferência do julgador, sem a adoção dos critérios rigorosos estabelecidos pela lei de sopesamento alexyana.

Assim, verifica-se que somente diante de tal estado de coisas que é possível afastar uma regra constitucional clara, que veda a aplicação da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, com base em uma inadequada consagração do princípio da efetividade penal.

É o que se observa no caso estudado, quando sequer a Corte Suprema estava diante de um conflito de princípios e, no entanto, foi utilizada tal retórica para que o julgador aplicasse ao caso aquela solução que considerava a mais adequada, mesmo que contrária ao texto expresso de lei que posteriormente teve sua constitucionalidade reconhecida.

Dessa forma, ausente a colisão de direitos fundamentais, a ponderação de princípios realizada não se mostra uma solução adequada a teoria formulada por Robert Alexy, pois havendo regra declarada constitucional que estabelece a impossibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, não caberia do Poder Judiciário negar sua aplicação sob o argumento de privilegiar uma pretensa efetividade do Direito Penal.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator:

2 Para delimitar o estudo aqui elaborado, foi escolhido realizar uma análise sobre a decisão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Para aprofundamento da (in)compatibilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a teoria de Robert Alexy, recomenda-se a leitura do livro: DE MORAIS, Fausto Santos. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.

Ministro Teori Zavascki. Brasília, publicado em 17/05/2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2020.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2017.

DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010. Disponível em: < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/88482>> Acesso em: 16 nov. 2020.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinheski. NEVES, Isadora Ferreira. **As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39.