

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*THE APPLICATION OF ALEXYS THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
THE DECISION OF ANTICIPATED PENALTY BY THE SUPREME FEDERAL
COURT*

Marcelo Antonio Theodoro

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Graduação e Pós-Graduação Strictu Sensu, Mato Grosso (Brasil).
E-mail: m.theodoro@uol.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5691859341774214>.

Fernando Flores Fanaia

Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica Constitucional Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Bolsista PIBIC/CNPQ, Mato Grosso (Brasil).
E-mail: fernandoffanaia@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8367840782924938>.

Submissão: 31.01.2018.

Aprovação: 12.03.2018.

RESUMO

Recentemente, o STF, no julgamento do HC 126.292, entendeu ser possível impor pena de prisão a partir de decisão condenatória de segundo grau, afirmando que a presunção de inocência é princípio, e não regra, podendo ser aplicada com maior ou menor intensidade quando em conflito com outros princípios constitucionais, ideia claramente influenciada na Teoria de Robert Alexy. Todavia, essa decisão essa que gerou uma acentuada controvérsia, especialmente no campo acadêmico, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, prescreve que: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”.

PALAVRAS CHAVE: Direitos fundamentais; Hermenêutica constitucional; Regras e princípios.

ABSTRACT

Recently, the Federal Supreme Court of Brazil, on the judgment of the habeas corpus 126.292, understood that it is possible to impose a prison sentence with an enforceable judgment from the court of appeal, stating that the presumption of innocence, is a principle, and not a rule, which means that it can be applied with more or less intensity when in conflict with other constitutional principles, ideia that was clearly influenced by the Theory of Fundamental Rights of Robert Alexy. However, this decision created a big controversy, especially on the academic field, considering that the Brazilian federal constitution prescribes that: “no one shall be considered guilty before the issuing of a final and unappealable penal sentence”.

KEYWORDS: *Fundamental rights; Constitutional interpretation; Rules and principles.*

Em nossa época pensante e raciocinante, não faz grande progresso quem não sabe apresentar uma boa razão para tudo, por pior e por mais errado que seja. Tudo de mal que se fez neste mundo, foi feito por boas razões.¹

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2016 o STF, na decisão do HC 126.292, relatoria do Ministro Teori Zavascky, voltou atrás em relação ao entendimento consolidado no HC 84.087 de 2009, e passou a entender ser possível a execução provisória da pena de prisão a partir de decisão condenatória de segundo grau, decisão essa que gerou uma acentuada controvérsia, especialmente no campo acadêmico, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, prescreve que: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”.

A posição do Pretório excelso, desde a promulgação da Constituição cidadã, sempre havia sido a mesma no que toca a execução provisória da pena, entendendo o Tribunal ser possível o cumprimento de pena de prisão antes do transito em julgado, a despeito do que afirma o já mencionado inciso. Tal posição, todavia, se modificou no HC 84.087, relatoria do Ministro Eros Grau, no qual a Corte Suprema realizou uma interpretação mais restritiva do art. 5º, LVII, e entendeu que um indivíduo só poderia ser preso após transito em julgado de sentença penal condenatória, posição essa que não se manteve por muito tempo, visto que em 2016 foi modificada pelo HC 126.292, que será o objeto de análise deste artigo.²

¹ HEGEL, Friederich. In: MARX, Karl. *O Capital*. 8. Ed. São Paulo: Difel. 1982. p. 297-298.

² Insta salientar que a atual posição do Supremo acerca da matéria foi reforçada com a decisão das liminares das ADC's 43 e 44, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, nas quais o Pretório Excelso, por 7 a 4, optou por
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, pp. 155-170, Jan.-Abr. 2018. 156

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente artigo tem como escopo verificar se a decisão do STF foi acertada em face da distinção entre regras e princípios realizada por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, visto que dita teoria foi inclusive utilizada para a fundamentação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que se posicionou de forma favorável à possibilidade de execução da pena a partir de decisão condenatória de segundo grau. Também é importante salientar que partiremos do pressuposto de que houve na decisão desse HC, especialmente no voto do Ministro Barroso, uma séria tentativa de aplicação da teoria de Alexy em todos os seus aspectos, não apenas naqueles que favoreçam apenas determinado ponto de vista.

Por fim, alertamos que a posição do STF no HC 126. 292, pode ser analisada sob prismas diversos para se chegar à conclusão de que a decisão foi acertada ou não. Contudo, restringiremos nossa análise ao ponto já explicitado no parágrafo anterior, visto que os argumentos de matiz puramente pragmática utilizados por alguns ministros, inclusive pelo Ministro Barroso, apesar de importantes, são tão diversos que dariam ensejo à elaboração de um artigo inteiro em separado.

2. A DECISÃO DO HC 126.292 SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

2.1. Das normas jurídicas

O Ministro Luís Roberto Barroso, que votou favoravelmente a execução provisória da pena, utilizou como argumento o fato de que a presunção de inocência era um princípio, e não uma regra, de tal forma que poderia ter sua aplicação colocada de lado se ficasse demonstrado que outro princípio possui maior peso diante do caso concreto. O raciocínio por ele realizado é claramente influenciado pelos trabalhos de Robert Alexy,³ autor alemão que, atualmente, é a referência no direito brasileiro quando se trata da distinção entre regras e princípios,⁴ sendo imperioso, portanto, para análise desse HC, verificar em que consiste o

manter o entendimento de que é plenamente válido o início do cumprimento da pena de prisão a partir de decisão condenatória de segundo grau. Ainda que não tenha ocorrido trânsito em julgado dessas ADC's, tudo indica que o entendimento estabelecido no HC 126.292 será mantido.

³ “Ao propor a investigação das decisões associadas ao princípio da proporcionalidade, se presume que o Tribunal acolha, conseqüentemente, a dogmática de Robert Alexy sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a orientação metodológica por ele indicada. Visto que quando o tribunal usa a expressão ‘princípio da proporcionalidade’ – bem como ponderação, sopesamento, balanceamento, choque ou tensão entre princípios, bens direitos fundamentais, interesses, valores – no contexto jurídico atual é legítimo induzir a influência da teoria de Robert Alexy (MORAIS, 2016, p. 16.)

⁴ Importante não se esquecer também da contribuição do norte-americano Ronald Dworkin para essa discussão, que também é uma grande referência quando o tema é regras e princípios, talvez uma referência até maior Alexy.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

processo de ponderação e qual o papel por ele exercido na teoria dos direitos fundamentais elaborada por Alexy.

Ocorre, todavia, que para compreender o processo de ponderação, é imprescindível que se faça antes um retorno ao próprio conceito de norma jurídica, com o intuito de destacar as espécies de normas jurídicas existentes.

Segundo Norberto Bobbio (2014), consiste a norma jurídica em uma proposição prescritiva com sanção externa e institucionalizada, ou seja, trata-se de um conjunto de palavras que, no todo, emanam um significado, sendo que esse significado prescreve a conduta esperada do receptor da norma. Caso aquele a quem a norma é endereçada opte por desobedece-la, se constituirá um ilícito e entrará em cena a figura da sanção, que deverá ser externa, para se diferenciar da norma moral, e institucionalizada, para se diferenciar da norma social.⁵ O mestre italiano explica da seguinte maneira:

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos comportamentos contrários. Essa sanção (a sanção jurídica) se distingue da moral por ser *externa*, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da sociedade por ser *institucionalizada*, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias (BOBBIO, 2014, p. 159).

Embora haja certa dúvida quanto ao fato do elemento diferenciador da norma jurídica ser o tipo da sanção pelo seu descumprimento⁶, certo é que todas as normas (morais, éticas, sociais), e as normas jurídicas em particular, são proposições prescritivas, fixando as diretrizes da conduta humana através de modalidades deônticas (proibição, permissão ou dever).

Feita essa conceituação básica, é imprescindível nesse momento diferenciar norma e texto, visto que a confusão entre esses dois conceitos pode criar certa dificuldade quando no próximo tópico for apresentada a distinção feita por Alexy entre regras e princípios.

Contudo, tendo em vista o recorte feito neste artigo, partiremos da proposta alexyana, visto que sua aplicação foi determinante para a decisão tomada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292.

⁵ Na lição do autor: “Quando se fala em sanção institucionalizada, entende-se três coisas, ainda que elas nem sempre se encontrem simultaneamente: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; 2) é estabelecida, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; e 3) são estabelecidas as pessoas encarregadas de efetuar a execução. Como se vê, trata-se de limitações que tendem a disciplinar o fenômeno da sanção espontânea e imediata de grupo” (BOBBIO, 2014, p. 160).

⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), por exemplo, afirma que a norma jurídica estipula uma hipótese normativa à qual imputa uma consequência jurídica, que pode ser ou não uma sanção.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Resumidamente, a norma jurídica nada mais é que a prescrição de comportamento que emana do texto após o processo interpretativo, ou seja, o texto em si não prescreve qualquer conduta, pois somente normas, que são o produto final da interpretação, possuem esse aspecto deontológico, como claramente explica Paulo de Barros Carvalho:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior captado pelos sentidos. Vejo os símbolos linguísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo ideias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição (CARVALHO, 2010, p. 40).

Essa mesma distinção entre norma e texto é apresentada pelo professor Lênio Streck:

O texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo interprete como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do *texto* normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua *inserção no mundo da vida*. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é *um conjunto de interpretações*, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma *ordem jurídica* apenas *potencialmente*, é um *conjunto de possibilidades*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado, ou seja, a norma é o resultado da tarefa interpretativa (STRECK, 2009, p. 18).

As distinções entre norma e texto feitas acima ficam bastante claras com o seguinte exemplo formulado pelo professor Virgílio Afonso da Silva:

O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Isso é o que aqui se chama de texto ou enunciado. Esse texto exprime uma norma que proíbe a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. Nesse último caso, existe um dever de retroação. A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, "a lei penal retroagirá somente em benefício do réu", ou ainda "é proibida a retroação penal, a menos que seja para beneficiar o réu" etc. Como se vê, a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, por meio da interpretação de todos eles chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal linguístico, quase sempre um texto (SILVA, 2003, p. 616 - 617).

O próprio Robert Alexy (2015) inicia a construção de sua teoria dos direitos fundamentais a partir de tal distinção, com a diferença que ele prefere utilizar o termo

“enunciado normativo” ao invés de “texto”, de forma a englobar todas as fontes a partir das quais é possível abstrair uma norma jurídica por meio da interpretação. Essas diferenças terminológicas, todavia, não mudam o ponto principal, que é a caracterização da norma como o produto que se obtém a partir da interpretação de alguma fonte do direito, quase sempre escrita, seja ela uma lei, portaria, decreto ou, até mesmo, a própria Constituição.

A distinção feita entre norma e texto é de suma importância pois a partir dela fica claro como dois juízes podem aplicar o mesmo artigo, da mesma lei, para o mesmo caso, de formas diversas, sendo que isso ocorre porque um mesmo enunciado normativo pode dar origem as mais diversas normas jurídicas, da mesma forma que dois enunciados diversos podem dar origem a mesma prescrição de comportamento, dependendo de quem realiza a interpretação e das possibilidades proporcionadas pelo texto.

A partir de tudo que foi exposto, é possível concluir que as normas se caracterizam pelo seu caráter deontológico, ou seja, elas prescrevem o que deve ser, as condutas esperadas daqueles a quem são endereçadas, por meio de uma proibição, permissão ou obrigação.

2.2. Das regras e dos princípios

Tradicionalmente, tanto as regras como os princípios sempre foram entendidos pela doutrina brasileira como normas jurídicas, sendo capazes de prescrever condutas que, caso desobedecidas, constituir-se-iam em atos antijurídicos. Contudo, a despeito desse ponto em comum, a doutrina nacional costumeiramente defendeu que a diferença entre essas espécies normativas decorre do aspecto da fundamentalidade.

Resumidamente, os princípios eram encarados como as normas fundamentais do sistema jurídico, normas que não poderiam nunca deixar de ser observadas, sob pena de desvirtuamento do próprio ordenamento, posição essa defendida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema,

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2004, p. 451).

Tal perspectiva, a despeito de permanecer bastante relevante, vem sendo constantemente relativizada em face de propostas de autores estrangeiros, notadamente Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Inicialmente, nos Estados Unidos da América, Ronald Dworkin (2007), em uma tentativa de desconstruir o modelo positivista estabelecido pelo seu professor Herbert Hart, verificou que não existia tão somente a espécie normativa da regra, mas que os próprios princípios eram categorias normativas, ou seja, possuíam imperatividade e emanavam condutas. Existia, contudo, uma diferença entre essas categorias normativas, pois enquanto as regras eram aplicadas segundo um raciocínio “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, eram aplicadas integralmente ou não eram, os princípios eram normas jurídicas aplicadas a partir de uma análise de peso (*dimension of weight*), de tal forma que eles apenas influenciavam a decisão, mas não a determinavam.

Na Alemanha, Robert Alexy (2015) vai se apropriar dessa diferenciação já elaborada por Dworkin, mas vai aprimorá-la, lhe conferindo um maior rigor metodológico. Segundo o mestre alemão, as regras e os princípios se diferenciam: I) pela definitividade dos direitos estabelecidos; II) pelo tipo de mandamento que emanam; e III) pelo meio de solução de antinomias. Apesar dos três pontos estarem intimamente conectados, certamente é o terceiro que mais importa para a análise da decisão proferida pelo Pretório Excelso.

Segundo Alexy (2015), as regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas jurídicas que devem, necessariamente, ser aplicadas em sua totalidade ao caso concreto quando ocorridas suas respectivas hipóteses de incidência. Assim, havendo um conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida para que a outra possa ser aplicada por subsunção ou então interposta uma cláusula de exceção. Alexy traz o seguinte exemplo:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair de sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico (ALEXY, 2015, p. 92).

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização, normas que devem ser aplicadas na máxima medida do possível, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, ao ocorrer um conflito de princípios, a antinomia se resolverá a partir de um processo de ponderação, também chamado de sopesamento, por meio do qual se verificará, através de uma análise de peso, qual princípio deve produzir efeitos no caso concreto, sendo importante lembrar que o princípio que perde a disputa de peso não é eliminado do ordenamento como ocorre com as regras, podendo vir a prevalecer sobre o princípio colidente se as circunstâncias do caso se modificarem:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido por um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2015, p. 93).

Tendo em conta a diferença exposta, é possível afirmar que as regras fixam direitos e deveres definitivos, pois ocorridas suas hipóteses de incidência, elas terão, necessariamente, que ser aplicadas ao caso concreto e em sua totalidade,⁷ enquanto os princípios estabelecem direitos e deveres apenas *prima facie*, pois mesmo que ocorra a hipótese de incidência, não há certeza de que aquilo que eles determinam ocorrerá, visto que outro princípio pode apresentar um maior peso naquele caso específico.

Um ponto não muito explorado por Alexy, mas que merece uma análise mais detida, é o que acontece caso ocorra uma colisão entre uma regra e um princípio. Segundo Virgílio Afonso da Silva, que é um dos maiores representantes da teoria de Alexy no Brasil, nessas situações são as regras que devem ser aplicadas, pois entende-se que não existe efetivamente um conflito, o que ocorre, na realidade, é que as regras nada mais são do que os frutos de uma ponderação já realizada pelo legislador, existindo justamente para restringir a aplicação dos princípios e garantindo maior segurança jurídica ao sistema. Assim explica o professor da USP:

Em geral, não se pode falar em colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é,

⁷ Alexy (2015) afirma que é possível deixar de aplicar uma regra em face de um princípio contraposto, mas determina um pesadíssimo ônus argumentativo para aqueles que desejam realizar essa manobra, visto que em uma análise de peso esse princípio teria que superar não só o princípio que fundamenta a regra, como também os chamados “princípios formais”, que são aqueles que estabelecem a primazia do nível das regras, como é o caso do princípio da separação dos Poderes.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção (SILVA, 2010, p. 52).

Feita essa pequena introdução, algumas conclusões a que se pode chegar são as seguintes: I) regras e princípios são espécies de normas jurídicas e possuem, portanto, força imperativa; e II) as regras, se válidas e vigentes, devem ser aplicadas ao caso concreto, enquanto os princípios só poderão ser aplicados se as circunstâncias fáticas e jurídicas permitirem; e III) no caso de um aparente conflito entre regras e princípios, aplicam-se as primeiras.

2.3. Da possibilidade de ponderação no caso do HC 126.292

Como destacado anteriormente, um dos argumentos utilizados pelo Ministro Barroso em seu voto é o de que a presunção de inocência é princípio, e não regra, podendo ser aplicada com maior ou menor intensidade quando em colisão com outros princípios constitucionais. O raciocínio do Ministro é o seguinte:

Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, *principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência*. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “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, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.

Pois bem. *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. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo (grifo nosso).

Percebe-se claramente que para o Ministro não há qualquer dúvida de que a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra, justificando a sua conclusão pelo

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

fato de que o Código de Processo Penal estabelece normas que restringem a sua aplicação e possibilitam a prisão antes do trânsito em julgado.

A despeito do altíssimo nível dos argumentos apresentados pelo Ministro Barroso, consideramos que inexistia necessidade de aplicação do instituto da ponderação no caso do HC 126.292, e por um simples motivo, para nós a colisão entre os princípios da presunção de inocência e eficácia do direito penal já foi previamente resolvida pelo Legislador Constituinte Originário, que optou por uma maior realização do primeiro em detrimento do segundo e instituiu a regra que se abstrai do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que prescreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

A partir de uma interpretação literal desse inciso é possível se atingir a seguinte norma de direito fundamental direta: É proibido que se considere alguém culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Verifica-se que a norma, nesse caso, é clara, ela condiciona o elemento culpa ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou, em outras palavras, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal (hipótese de incidência), não há como considerar alguém penalmente responsável pelo cometimento de um crime, sendo essa pessoa, portanto, inocente (consequente). A partir da distinção entre regras e princípios feita no tópico anterior, é possível concluir que a norma que se abstrai do art. 5º, LVII, se encaixa na categoria normativa de regra, isso pelo fato de que aquilo que ela prescreve ou é obedecido em sua totalidade ou não é, estando pronta para ser aplicada por subsunção.

É possível, assim, traçar a seguinte linha de raciocínio: I) há uma regra na Constituição segundo a qual uma pessoa só pode ser considerada culpada após a prolação de uma sentença condenatória transitada em julgado; II) se um indivíduo é condenado na segunda instância, e entra com um recurso para os Tribunais Superiores, recursos esses plenamente válidos no ordenamento jurídico nacional, significa que a sentença condenatória ainda não transitou em julgado; III) se a sentença ainda não transitou em julgado ainda está ocorrendo a hipótese de incidência da regra prevista no art. 5º, LVII, e esse indivíduo não pode, por consequência, ser considerado culpado; IV) se esse indivíduo não pode ser

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

considerado culpado então ele é, para o universo jurídico, inocente; V) se ele deve ser considerado inocente, não lhe pode ser imposta uma pena de prisão.

Importante salientar que não discordamos do Ministro Barroso quando ele afirma que há uma colisão entre princípios fundamentais da Constituição, no caso a presunção de inocência e a efetividade do direito penal, ocorre que essa colisão já foi resolvida em 1988 pelo Legislador Constituinte originário, ao estabelecer a clara regra do art. 5º LVII da CF segundo a qual uma pessoa só poderá ser considerada culpada por um crime após sentença condenatória transitada em julgado. Em outras palavras, não há o que ser sopesado, pois de um lado há uma regra e de outro um princípio, e nesse tipo de situação, como visto anteriormente, são as regras que possuem precedência.

Nesse momento poderia ser possível se argumentar, como fez o Ministro Barroso, que a norma constitucional condiciona a culpa ao trânsito em julgado, mas não a possibilidade da prisão em si:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. *Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.* Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

De fato, a norma constitucional em análise não trata da possibilidade de prisão, apenas condicionando a comprovação da culpa ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ocorre que o raciocínio realizado pelo Ministro acarreta em um outro empecilho, que consiste em tornar possível a aplicação de uma pena de prisão a despeito do réu não poder ser considerado culpado, uma verdadeira responsabilidade penal objetiva, perspectiva essa que definitivamente não coaduna com nosso Estado democrático e

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

constitucional de Direito, como brilhantemente analisa o Professor Damásio Evangelista de Jesus:

Dá-se o nome de responsabilidade penal objetiva à sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexo de causalidade material.

(...)

Hoje, com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), essas disposições, na parte que admitiam a responsabilidade penal objetiva, podem ser consideradas derogadas, uma vez que ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa (JESUS, 1997, p. 453).

Também é importante destacar que existe uma diferença teleológica entre a prisão processual e a prisão pena, pois uma pretende garantir uma efetiva prestação da tutela jurisdicional penal, e a outra é utilizada como meio de efetiva punição pelo descumprimento de norma penal, como bem explica Renato Brasileiro:

Enquanto a prisão penal (*‘carcer ad poenam’*) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (*‘carcer ad custodiam’*) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo, a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência (BRASILEIRO, 2016, p. 851).

Sendo teleologicamente distintas, não seria possível nem mesmo considerar as prisões cautelares regras de exceção em face da regra geral da presunção de inocência, mas tão somente restrições à liberdade de locomoção em preferência ao princípio da efetividade do direito penal. Isso pelo fato de que, mesmo aquele que está preso preventivamente deve ser considerado inocente ao longo de todo o trâmite processual até o trânsito em julgado, pois ainda se encontra na hipótese de incidência da regra que emana do art. 5º, LVII.

Um outro argumento apresentado pelos defensores da possibilidade de aplicação da pena de prisão antes do trânsito em julgado, e que merece uma atenção especial, consiste em afirmar que a norma que se abstrai do art. 5º, LVII, é demasiadamente aberta, visto que a sua consequência não se encontra muito bem determinada, abrindo espaço para se considerar dita norma um princípio, visto que princípios possuem como uma de suas principais

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

características estruturais a indeterminação⁸. Uma argumentação desse tipo foi desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes no mesmo HC:

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerado alguém culpado.

Constata-se que o Ministro Gilmar não questiona especificamente o conceito de culpa, mas principalmente o que significa tratar alguém como culpado, ou seja, as consequências jurídicas que decorrem dessa condição e as proibições, deveres e permissões inerentes a mesma. Assim, a abertura presente na norma não seria exatamente semântica, mas principalmente estrutural.⁹

Primeiramente, é importante salientar que para Alexy a indeterminação de uma norma não a qualifica, necessariamente, como um princípio, pois a despeito da generalidade ser algo inerente a estrutura dos princípios como mandados de otimização, o autor alemão afirma que também as regras podem ser gerais, necessitando eventualmente passar por diversos processos de refinamento¹⁰ para que possam ser aplicadas a um caso concreto. Assim, o que importa, efetivamente, para classificar uma norma como regra ou princípio é a

⁸ Nas palavras de Robert Alexy (2015, p. 139): “Essa breve – e de forma alguma exaustiva – visão do nível dos princípios mostra que neles estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação”.

⁹ Segundo Alexy (2015), aberturas semânticas são aquelas que decorrem de uma imprecisão terminológica acerca de determinado termo presente na norma, enquanto as aberturas estruturais são as que se fazem presentes quando não se consegue precisar exatamente qual a prescrição de comportamento que emana da norma, ou seja, o que ela determina como proibido, permitido ou obrigatório.

¹⁰ Alexy (2015) entende que existem duas espécies de normas de direitos fundamentais, as normas diretas e as normas atribuídas. As primeiras seriam aquelas que são abstraídas diretamente do texto constitucional, principalmente do capítulo que elenca os direitos e garantias fundamentais (no caso da CF brasileira, os títulos I e II). As últimas são aquelas que são construídas, normalmente pelos Tribunais, a partir de uma correta argumentação do ponto de vista dos direitos fundamentais, e cuja função precípua é eliminar as aberturas, sejam semânticas ou estruturais, que eventualmente possam existir nas normas diretas. Entre essas normas existe uma relação de refinamento, no sentido de que as normas atribuídas existem para refinar as normas diretas e permitir que possam ser aplicadas a um caso concreto. Os princípios, até pelo fato de que nunca determinam algo definitivamente, devem, necessariamente, passar por um processo de refinamento para que possam ser aplicados a um caso concreto, até por isso Alexy afirma que o resultado final do processo de ponderação de princípios é uma norma de direito fundamental atribuída que possui a estrutura de uma regra. As regras, por sua vez, podem ou não precisar passar por um processo de refinamento para que seja possível aplica-las corretamente, mas a maior parte de suas indeterminações são principalmente semânticas, podendo ser resolvidas com a simples criação de regras semânticas, conferindo maior processão a algum termo presente na norma, embora isso não deixe de ser considerado um processo de refinamento.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

aptidão dela para ser aplicada no sistema “tudo ou nada” ou segundo a ideia da “maior medida do possível”:

A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto. O enunciado normativo ‘só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes’ (art. 103, §2º, da Constituição alemã, §1º do Código Penal alemão) pode dar ensejo a uma série de problemas interpretativos, e a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação. Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que aquilo que ele exige é algo que ou é cumprido ou não. Como essa norma é frequentemente caracterizada como ‘princípio’, ela é um dos exemplos dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem (ALEXY, 2015, p. 109).

A partir do trecho transcrito é possível traçar algumas conclusões bastante interessantes: I) o fato de que uma regra possui algumas indeterminações, seja do ponto de vista semântico ou estrutural, não a desqualifica como regra se for verificado que sua aplicação só é possível em sua totalidade, como é o caso da norma da legalidade apresentada por Alexy, e também da norma da presunção de inocência que se abstrai do art. 5º, LVII da Constituição brasileira; e II) existem regras que, pelo seu forte caráter axiológico, são quase indissociáveis dos princípios que lhes garantem fundamento, como é o caso da regra da presunção de inocência, o que pode ocasionar certas dúvidas quanto a qual categoria normativa ditas normas pertencem, embora isso não seja o suficiente para descaracterizá-las como regras.

Além disso, consideramos que embora seja verdade que não exista unanimidade de conceitos sobre o que seria considerar alguém como culpado, certo é que aplicar a pena de prisão a um indivíduo é, inegavelmente, tratar alguém como culpado, não sendo possível se utilizar como argumento contrário o fato de que o próprio CPP prevê hipóteses em que é possível se prender alguém antes do trânsito em julgado, visto que, como já ressaltado anteriormente, consistem a pena de prisão e a prisão processual em institutos jurídicos totalmente distintos.

3. CONCLUSÃO

A partir de tudo o que foi aqui exposto é possível traçar algumas conclusões acerca da aplicação da teoria alexyana realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

I) A presunção de inocência é, de fato, um princípio constitucional, mas a norma jurídica que se abstrai do art. 5º, LVII, possui a estrutura de uma regra, e não de um princípio.

II) Em função do ponto anterior, conclui-se que não havia o que ser sopesado, visto que de um lado havia uma regra constitucional e de outro um princípio, e em tal tipo de colisão (na falta de um termo melhor) se dá preferência ao nível das regras, pois se subentende que o legislador constitucional realizou uma ponderação prévia e instituiu a regra da presunção de inocência, limitando a aplicabilidade do princípio da eficácia do direito penal.

III) O fato de que a regra da presunção de inocência pode ser portadora de algumas imprecisões do ponto de vista semântico ou estrutural não a desqualifica como uma regra, visto que ela ainda se encaixa dentro da categoria de um mandamento definitivo, determinando algo que ou é realizado totalmente ou não é, sendo impossível um fracionamento de sua aplicação, como ocorreria caso fosse um princípio.

IV) Finalmente, em uma união dos pontos anteriores, é possível se chegar à conclusão de que a decisão proferida pelo Supremo não está de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais nos termos propostos por Robert Alexy. Muito pelo contrário, se dita teoria tivesse sido aplicada corretamente o resultado teria sido exatamente o oposto, no sentido de ser impossível a aplicação da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em face da expressa regra do art. 5º, LVII.

V) A segurança jurídica depende expressamente da coerência na fundamentação das decisões, para se evitar o risco do que se definiu como “ativismo judicial”, qual seja o desequilíbrio entre os poderes a partir da atuação interpretativa vedada pela Constituição.

4. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

_____. *Teoria discursiva do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, Relator Min. Teori Zavascky. J.17.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 22/11/2017.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY NA DECISÃO DO
CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2d. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de Nelson Boeira.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

STRECK, Luiz Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO, Marcelo Antonio. *A Concretização dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.