

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

PEDRO VIEIRALVES CORRÊA DA COSTA DE CASTRO

ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO HC 126.292/SP

RIO DE JANEIRO

2023

PEDRO VIEIRALVES CORRÊA DA COSTA DE CASTRO

ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO HC 126.292/SP

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Nunes Capecchi.

Rio de Janeiro

2023

PEDRO VIEIRALVES CORRÊA DA COSTA DE CASTRO

ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO HC 126.292/SP

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Capecchi Nunes.

Data da Aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Capecchi – Orientador

Prof. – Membro da Banca

Prof. – Membro da Banca

Prof. – Membro da Banca

Rio de Janeiro

2023

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
Faculdade Nacional de Direito
Coordenação de Monografia

ATA DE APRESENTAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: 03 / 07 / 2023

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

1. Daniel Capecchi Nunes

2. Isabela Almeida do Amaral

3.

4.

Reuniu-se para examinar o **TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - TCC** do discente:

NOME COMPLETO DO ALUNO:

PEDRO VIEIRALVES CORRÊA DA COSTA DE CASTRO

DRE 118157888

TÍTULO DA MONOGRAFIA:

ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO HC 126.292/SP

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AO DISCENTE AS SEGUINTES NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0
Prof. Membro 01	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0
Prof. Membro 02	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0
Prof. Membro 03					
				MÉDIA FINAL	10,0

OBS: Professor Orientador tem prerrogativa de referendar as notas dos membros da BANCA EXAMINADORA assinando por todos.

Assinatura do PROF. ORIENTADOR (A):

NOTA: 10,0

Assinatura PROF. MEMBRO 01:

NOTA: 10,0

Assinatura PROF. MEMBRO 02:

NOTA:

Assinatura PROF. MEMBRO 03:

NOTA:

MÉDIA FINAL (Disciplina MONOGRAFIA JURÍDICA III):**10,0**

CIP - Catalogação na Publicação

C355a Castro, Pedro Vieiralves C. da C. de
ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO HC 126.292/SP / Pedro
Vieiralves C. da C. de Castro. -- Rio de Janeiro,
2023.
71 f.

Orientador: Daniel Nunes Capecchi.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Robert Alexy. 2. Ponderação. 3. HC 126.292/SP.
4. Presunção de Inocência. 5. Supremo Tribunal
Federal. I. Nunes Capecchi, Daniel, orient. II.
Título.

Aos meus pais, Adelaide e Alexandre.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de iniciar este texto expressando minha sincera gratidão a todas as pessoas que desempenharam um papel fundamental em minha jornada de crescimento acadêmico e pessoal. Não poderia ter alcançado este momento sem o inestimável apoio e incentivo dos meus pais, família, amigos e professores. Cada um de vocês contribuiu de maneira significativa para o meu percurso, e sou profundamente grato por isso.

Aos meus amados pais, desejo expressar minha mais profunda gratidão por serem a minha base sólida ao longo dos anos. Seu amor incondicional, paciência incansável e dedicação constante foram pilares fundamentais que me guiaram em todas as circunstâncias. Em momentos tortuosos, como diante da pandemia de Covid-19, vocês me acolheram novamente de braços abertos e estiveram presentes para me encorajar quando eu duvidava de mim mesmo, me apoiar quando me sentia perdido e celebrar cada conquista, independentemente de sua magnitude. Sua confiança inabalável em minha capacidade foi um catalisador poderoso para enfrentar os desafios que surgiram ao longo dessa jornada e, certamente, continuará a auxiliar ao longo de meu trajeto pessoal e profissional. Sou profundamente grato por ter pais tão excepcionais como vocês!

Aos meus queridos familiares, meu agradecimento por sua presença, apoio e carinho constantes. Destaco as minhas tias Cristina, Anna e Graça, meus tios Frederico e Ricardo e meus primos André, Bernardo e Flávia, como fonte de extremo consolo, diante do desafio que foi a graduação. Em seguida, é imprescindível ressaltar o papel que a minha avó, Beth, teve em todo o processo: em suas aulas de História, descobri o valor das ciências humanas que, por consequência, teve um papel decisivo em minha escolha de trajetória. Apesar de ver o seu neto formando do Céu, tenho certeza de que ela estaria muito orgulhosa pelo caminho percorrido e por quem me tornei.

Aos meus valorosos amigos, dirijo meu mais sincero agradecimento por serem minha fonte constante de apoio e inspiração ao longo desses anos. Talvez o maior tesouro da Faculdade Nacional de Direito são as pessoas que se conhece no caminho e que adentram em nossa vida, de uma forma totalmente especial e única. Nesse sentido, agradeço nominalmente a Tiffany,

Felipe, Miguel, Rodrigo e Guilherme pela oportunidade de conviver e aprender, a cada dia, com vocês. Por outro lado, como amigos que a vida me deu fora da faculdade, ressalto o papel de Rafael Stutz, amigo de longa data, cujo convívio aplaca as dificuldades e tensões cotidianas.

Aos meus respeitados professores, desejo expressar minha mais profunda gratidão pela orientação, conhecimento e paixão que compartilharam comigo ao longo dessa jornada acadêmica. Neste ponto, ressalto que considero professores não apenas aqueles que tive a honra de conhecer e aprender na Faculdade Nacional de Direito, apesar de sua destacada influência na minha forma de ver o mundo, mas também, aqueles que, de uma forma ou de outra, me ensinaram algo ao longo da jornada. Do primeiro grupo, destaco a importância de Maria Francisca de Miranda Coutinho, cujas aulas me moldaram como ser humano e continuam influenciando, profundamente, na forma como enxergo o fenômeno político e jurídico atualmente. Também destaco o papel do meu orientador, Daniel Capecchi Nunes, por sua paciência e competência no direcionamento da pesquisa nesta monografia e, especialmente, por fomentar o meu interesse e predileção pelo Direito Constitucional. Do segundo grupo, ressalto a importância de Guilherme Cardoso, na qualificada e incansável mentoria que tive em seu escritório e o papel de Paulo Barbosa e Larissa Barbosa pelos ensinamentos adquiridos no valioso tempo que pude conviver no escritório Nilo Batista Advogados & Associados.

Vocês se tornaram mentores excepcionais, motivando-me a ir além dos limites estabelecidos, fomentando meu pensamento crítico e nutrindo meu amor pelo aprendizado. Suas palavras de sabedoria e seu comprometimento com a educação ou com uma prática forense coerente e ilibada, abriram portas e expandiram minha visão de mundo. Sou grato por cada ensinamento, por cada conselho e por cada oportunidade de crescimento que me proporcionaram.

RESUMO

O presente estudo buscou questionar acerca dos parâmetros adotados pelo STF, com o fito de fomentar a análise crítica da incorporação imponderada da Teoria desenvolvida por Robert Alexy na jurisprudência de nossa Suprema Corte, bem como, indagar sobre os impactos sociais e de política criminal no julgamento do HC 126.292/SP. Para tanto, fora empreendida, como método de coleta de dados, uma vasta análise bibliográfica sobre o tema, abordando-o sobre o viés da Teoria do Direito, Direito Constitucional e do Direito Processual Penal. Através da pesquisa, compreendeu-se que o método de ponderação desenvolvida por Alexy é extremamente criterioso, devendo ser utilizado com cautela pelo Corte, que há consenso doutrinário sobre o equívoco da Corte Suprema no julgamento do HC 126.292/SP e acentuada preocupação com o uso de elementos jurídicos não fundamentados pelo Supremo, culminando, assim, em decisões com elevado teor autoritário. Nesse sentido, conclui-se que houve a inadequada recepção da teoria de Robert Alexy pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chaves: Robert Alexy; Ponderação; HC 126.292/SP; Presunção de Inocência; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study aimed to question the parameters adopted by the Brazilian Supreme Court (STF) to foster a critical analysis of the uncritical incorporation of the theory developed by Robert Alexy in the jurisprudence of the court. Additionally, it sought to inquire about the social and criminal policy impacts in the judgment of HC 126.292/SP. To achieve this, a comprehensive bibliographical analysis was conducted as a data collection method, approaching the topic from the perspectives of Legal Theory, Constitutional Law, and Criminal Procedure Law. The research revealed that the balancing method developed by Robert Alexy is extremely meticulous and should be cautiously employed by the Court. There is a doctrinal consensus regarding the Supreme Court's mistake in the judgment of HC 126.292/SP, and there is significant concern about the use of legally unsubstantiated elements by the Court, leading to decisions with a high authoritarian nature. Therefore, it can be concluded that the reception of Robert Alexy's theory by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court was inadequate.

Keywords: Robert Alexy; Balancing; HC 126.292/SP; Presumption of Innocence; Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
1.1. Objetivos.....	15
1.2. Metodologia.....	15
2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	16
2.1. Contexto Histórico: Do Positivismo Jurídico ao Paradigma do Neoconstitucionalismo.....	17
2.2. A Teoria dos Direitos Fundamentais	21
2.3. A Estrutura das Normas de Direito Fundamental	23
2.3.1. A Distinção entre Regras e Princípios.....	24
2.4. A Colisão entre Direitos Fundamentais	26
2.5. O Conflito entre Regras e Conflito entre Princípios	28
2.5.1. O Sopesamento entre Princípios e a Utilização do Princípio da Proporcionalidade: A Ponderação Racional	30
2.5.2. O Conflito entre Regras e Princípios: Posição de Alexy e a Contribuição de Humberto Ávila	32
3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ATRAVÉS DO HC 126.292/SP	34
3.1. Dos “Primeiros Julgados” ao Posicionamento Histórico da Corte no HC 84.078/MG.....	34
3.2. Fundamentação Jurídica dos Ministros	36
3.2.1. Ministro Teori Zavaski	37
3.2.2. Ministro Luís Roberto Barroso	38
3.2.3. Ministro Ricardo Lewandowski.....	41
3.3. Consequências do Julgado	41
3.3.1. O Crescimento no número de presos no Brasil	43
3.3.2. O Efeito Backlash	44
3.4. O HC 152.752/PR: O Habeas Corpus do Presidente Lula	45
3.5. O Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54	47
3.5.1. O Efeito “Em Cascata” da Mudança de Entendimento	49

4. AS NORMAS EM CONFLITO: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VS. EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.....	50
4.1 A Efetividade da Lei Penal	50
4.2. A Presunção de Inocência	52
5. AS INTERSECÇÕES ENTRE O JULGADO E A TEORIA DE ROBERT ALEXY ...	55
5.1. A Natureza Jurídica das Normas em Conflito, segundo a Teoria De Robert Alexy	55
5.2. O Princípio da Proporcionalidade e a “Ponderação” realizada: Reflexões Críticas	56
6. A PERSPECTIVA FUTURA: O TEMA 1.068 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO	59
6.1. A Fundamentação dos Ministros	61
6.2. É Possível a Rediscussão de Matéria Sedimentada em Controle Concentrado de Constitucionalidade?.....	63
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
8. BIBLIOGRAFIA	67

1. INTRODUÇÃO

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal emitiu uma decisão histórica no julgamento do Habeas Corpus HC 126.292/SP¹, que marcou uma mudança paradigmática na jurisprudência adotada pela Corte, permitindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até então, a execução da pena só era permitida após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, inclusive, aqueles direcionados à Corte Suprema, baseado no entendimento do HC 84.078/MG², de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 2009.

A reviravolta jurídica trouxe um impacto considerável na sociedade brasileira, que passava por um período de instabilidade política, social e econômica. Se por um lado, a popularidade da ex-presidente Dilma Rousseff estava em declínio e discussões sobre seu impeachment estavam em ascensão³, a economia do país enfrentava números negativos recordes⁴. Além disto, cabe também pontuar que a Operação Lava-Jato estava em seu auge de popularidade, com suas pautas contra a corrupção e aversa ao sistema político. A mudança de entendimento do STF, aliada à cobertura intensiva da mídia⁵, fortaleceu um sentimento

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: 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: 03 dez. 2022.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução provisória da pena”. Art.5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art.1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, publicado em 05/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 03.dez.2022.

³ Governo Dilma tem aprovação de 10% e desaprovação de 69%, diz Ibope: Pesquisa ouviu 2.002 pessoas entre os dias 17 e 20, em 142 municípios. Segundo levantamento, pedido pela CNI, 19% veem governo como ‘regular’. G1, Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/10-aprovam-governo-dilma-e-69-desaprovam-diz-ibope.html>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

⁴ Economia brasileira encolhe 3,6% em 2016 com aperto do cinto das famílias: A queda foi generalizada em todos os setores da economia e consumo dos brasileiros cai há oito trimestres seguidos. El País, 07 de março de 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%20C3%ADstica%20\(IBGE\)](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%20C3%ADstica%20(IBGE)). Acesso em: 10 de maio de 2022.

⁵ Sobre o conceito e consequências da criminologia midiática, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. Págs. 193 a 225.

punitivista na sociedade, alimentado principalmente pela percepção de impunidade no sistema penal brasileiro⁶.

Como efeito, juristas renomados como André Nicolitt⁷ e Aury Lopes Jr.⁸ manifestaram suas preocupações quanto ao teor e as possíveis consequências da decisão do Supremo. Nicolitt, por exemplo, argumentou que a decisão do STF mutilara a dimensão teleológica do princípio da presunção de inocência, destacando, ademais, a inconstitucionalidade daquele posicionamento firmado⁹. Já Aury, expandindo a premissa, criticou a decisão do Supremo Tribunal Federal, alegando que a Corte estava reinventando conceitos processuais centenários, culminando em decisionismo, fruto de desmedida discricionariedade judicial¹⁰. Esta reação, cabe acentuar, ocorreu em razão dos fundamentos aventados pela Corte no julgamento. Exemplificativamente, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a mudança de entendimento, sugerindo a realização de uma ponderação e argumentando que a presunção de inocência cederia à efetividade da lei penal, na medida que o processo transcorre e as condenações ocorrem, senão vejamos:

“[...] 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 [...]”¹¹. (grifos nossos).

No entanto, àquela compreensão peculiar de nossa Corte Suprema sobre a execução provisória da pena não perdurou por muito tempo. Com o julgamento das Ações Diretas de

⁶ LIMA, Ricardo Alves de; LIMA, Maria Cristina Pedro Alves de. **Neopopulismo Penal e o Efeito Backlash Na Mutação (In)Constitucional e (Des)Construtiva do Princípio da Presunção De Inocência**. In: 11 Congresso Internacional de Ciências Criminais: Jurisdição Constitucional e Reformas Penais em tempos de Pandemia da PUCRS, 2021, Porto Alegre. Anais do 11 Congresso Internacional de Ciências Criminais: Jurisdição Constitucional e Reformas Penais em tempos de Pandemia da PUCRS. Porto Alegre: ediPUCRS, 2021. Pág. 15.

⁷ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 10ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. Pág. 208.

⁸ JR., Aury L. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 jun. 2023. Pág. 43.

⁹ NICOLITT, *op. cit.*, págs. 208 e 209.

¹⁰ JR, *op. cit.*, pág. 43.

¹¹ HC 126.292/SP, *ibidem*, pág. 41.

Constitucionalidade n.º 43¹², 44¹³ e 54¹⁴, o STF confirmou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece a necessidade de uma sentença penal condenatória como requisito imprescindível para o cumprimento definitivo da pena. Destarte, em primeira análise, a questão restou pacificada pelo precedente firmado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

No cerne deste debate, portanto, está a questão do equilíbrio e métodos de solução de conflitos entre normas fundamentais, o qual é um dos pilares da teoria desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy¹⁵. Alexy, como será esmiuçado posteriormente, propôs um método para resolver conflitos entre direitos fundamentais, baseado no critério da proporcionalidade *latu sensu*. Esta teoria tem sido amplamente utilizada pelo Supremo, ao longo dos anos, para resolver conflitos de normas constitucionais^{16 17}.

A decisão do STF sobre o HC 126.292/SP, portanto, gerou um debate importante sobre a ponderação de direitos fundamentais, particularmente sobre o equilíbrio entre a Presunção de Inocência e a Efetividade do Sistema Penal. A questão-chave neste debate é compreender se o Supremo Tribunal Federal respeitou os critérios prescritos na teoria de ponderação de Alexy no julgamento do acórdão paradigma; uma questão que continua a gerar discussões entre juristas e acadêmicos e configura-se como um extremamente latente na jurisprudência da Corte, haja visto o uso reiterado da teoria desenvolvida pelo jurista alemão.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

¹⁶ SOUZA MACHADO CARVALHO, Joana de Moraes. **A Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15697/1/2006_dis_jmsmcarvalho.pdf. Acesso em: 15 de junho de 2022. Págs. 74-76.

¹⁷ Segundo Fausto Santos de Moraes, o menos, 189 decisões da Colenda Corte, que fazem referência direta ao critério de proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy. (MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 3ª Edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Pág. 183 e 184)

1.1. Objetivos

O objetivo geral da pesquisa é compreender se os métodos de solução de conflitos entre direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy, notadamente, a máxima da proporcionalidade, foram corretamente aplicados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. Em segunda instância, busca-se verificar se as conclusões se amoldam aos pressupostos normativos que regem a matéria; tanto por seu aspecto constitucional, infraconstitucional e quanto aos tratados internacionais. Em terceiro lugar, verificar se os argumentos utilizados nos ADC 43, 44 e 54, julgados pela Corte, que modificou o entendimento vigente sobre a matéria, se amoldam aos pressupostos jurídicos supracitados e apurar se os fundamentos apregoados na discussão do Tema 1.068 de Repercussão Geral, em tramitação na Suprema Corte, também se coadunam com as hipóteses jurídicas em questão.

Por fim, refletir se na hipótese aventada no conflito entre normas fundamentais no HC 126.292/SP era possível, segundo a Teoria de Alexy, aplicar o método da ponderação racional e, em caso negativo, quais seriam as motivações e consequências do uso indiscriminado da metodologia desenvolvida pelo professor alemão.

1.2. Metodologia

Ab initio, insta ressaltar que o presente estudo possui como finalidade realizar uma pesquisa aplicada, uma vez que utilizará conhecimento da pesquisa fundamental para resolver problemas.

Para um melhor tratamento dos objetivos e melhor apreciação desta pesquisa, observou-se que ela é classificada como pesquisa exploratória. Detectou-se também a necessidade da pesquisa bibliográfica quando se fez uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas, documentos eletrônicos e enciclopédias na busca e alocação de conhecimento acerca da obra do jusfilósofo Robert Alexy, acerca do método de solução de conflitos entre Direitos Fundamentais, correlacionando tal técnica com o seu estudo e desenvolvimento posterior, por outros autores.

A pesquisa, ademais, assume como pressuposto o estudo de caso, sendo, por isso mesmo, explicativa. Por sua vez, com o fito de proporcionar maior familiaridade com o problema, tornando-o explícito ou construindo hipóteses sobre ele, notou-se que o principal instrumento de pesquisa será, inquestionavelmente, o levantamento bibliográfico acerca das questões abordadas.

Como procedimento, insta citar a necessidade de pesquisa bibliográfica específica, uma vez que, será utilizado material já publicado, constituído principalmente de livros, valendo apontar a sua importância procedimental, para o estudo de caso em espécie. Não obstante, tem-se como base para o resultado da pesquisa, um caso em específico que poderá ser expandido futuramente.

A abordagem do tratamento da coleta de dados do estudo de caso será bibliográfica, uma vez que, a pesquisa bibliográfica implica em que os dados e informações necessárias para realização da pesquisa sejam obtidos a partir do apuramento de autores especializados através de livros, artigos científicos e revistas especializadas, dentre outras fontes.

O problema foi direcionando à pesquisa do HC nº 126.292/SP e na indagação se ela se justifica, diante das normas jurídicas nacionais positivadas e ainda, na pesquisa acerca dos critérios de ponderação introduzidos na obra de Robert Alexy, como forma de solução de conflitos entre Direitos Fundamentais. Inobstante, buscar-se-á, através da análise da doutrina específica sobre os Princípios da Presunção de Inocência e Efetividade do Sistema Penal, compreender se os seus pressupostos se adequam aos argumentos apresentados pelos Ministros do STF, em ocasião do julgamento do discutido *Habeas Corpus*.

2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Preliminarmente, cabe ressaltar que, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal vem incorporando em sua jurisprudência, a teoria desenvolvida por Robert Alexy, para a solução de

conflito entre normas fundamentais¹⁸. Neste sentido, o número de julgamentos que citam termos que, inequivocamente, remetem a obra do jurista alemão, como o “princípio da proporcionalidade”, o “sopesamento de princípios”, a “lei de colisão” e a “ponderação racional” cresceram exponencialmente¹⁹ e apontam para a incorporação definitiva dos dogmas desenvolvidos pelo autor nas decisões mais sensíveis da Suprema Corte.

Diante deste cenário, é imprescindível o conhecimento aprofundado da doutrina de Robert Alexy, especialmente quanto a conceituação preliminar de direitos fundamentais, a divisão estrutural entre as normas de direito fundamental, bem como, as formas de equacionamento de conflitos entre as normas de direito fundamental. Nesse sentido, insta pontuar que não se trata de mero preciosismo técnico e teórico, cujo desenvolvimento beneficiaria, primordialmente, apenas a academia. Pelo contrário. Ora, se o Supremo vem aplicando reiteradamente a metodologia apresentada por Alexy, percebe-se ser da maior relevância, o devido questionamento sobre a validade de suas premissas e suas implicações práticas, uma vez que, como Corte Constitucional, as decisões proferidas pelo Supremo possuem um efeito sistêmico que norteia e orienta a aplicação das disposições constitucionais nos mais diversos ramos jurídicos.

Desta feita, preliminarmente, buscar-se-á situar historicamente a Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida por Alexy, visando compreender as influências em seu pensamento e o contexto que possibilitou o desenvolvimento de um marco teórico inovador, como o do professor alemão.

2.1. O contexto histórico: Do Positivismo Jurídico ao Paradigma do Neoconstitucionalismo

¹⁸ SOUZA MACHADO CARVALHO, Joana de Moraes. **A Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15697/1/2006_dis_jmsmcarvalho.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2022.

¹⁹ MORAIS, *op. cit.*, págs. 183 a 186.

Precipuamente, passa-se a breve análise dos pressupostos e legados do positivismo jurídico para a ciência do direito que, gradualmente, cedeu espaço de prestígio entre os juristas e doutrinadores para as teorias pós-positivistas e, mais recentemente, as neoconstitucionalistas²⁰.

Sedimentado como a teoria social e política predominante entre os teóricos, desde o século XIX, o positivismo jurídico desenvolveu-se, por volta da mesma época²¹ e, a despeito das divergências entre escolas de pensamento, possui, como inequívoco núcleo comum, a noção de que a análise do fenômeno jurídico ocorre no plano da realidade fática e, por isto, deve ser tangível, ou ao menos, verificável o seu objeto²². Isto importa em sua inserção, como um referencial teórico de matriz ontológica, pois sua investigação ocorre no plano do fenômeno jurídico concreto, afastando-se, por conseguinte, de preocupações e elocubrações, quanto ao dever-ser.

No tocante as vertentes do positivismo jurídico, Fausto Santos de Moraes apresenta e conceitua duas tradições extremamente relevantes, quais sejam, a da exegese e a cientificista-normativista²³. Na primeira, seus defensores sustentam uma cisão completa entre a ciência jurídica e os valores morais gerais, culminando, assim, no papel secundário do intérprete na ordem jurídica, visto que seu ofício limitar-se-ia a mera subsunção do fato a norma jurídica; não havendo, portanto, qualquer liberdade ou prerrogativa interpretativa²⁴. O segundo viés, por outro lado, representa o ápice do desenvolvimento teórico do positivismo jurídico. Encampado por seu maior expoente, o jurista austríaco Hans Kelsen, em seu *Magnum Opus*, Teoria Pura do Direito²⁵, restaram consignados naquela obra, os liames teóricos que, inquestionavelmente, continuam influenciando na doutrina jurídica até os dias atuais. Preliminarmente, o jurista constrói a noção de estruturação e ordenação do sistema jurídico, através do notório e elucidativo

²⁰ Para Rafael Giorgio Dalla Barba, o neoconstitucionalismo não implica um “marco de superação do positivismo, mas, na verdade, como [uma] teoria que acaba desabando nos mesmos defeitos, resgatando as bases pelas quais o próprio positivismo jurídico se construiu”. (DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. 1ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Págs. 23 e 24).

²¹ *Ibidem*, Pág. 24.

²² STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 09 mai. 2023. Págs. 34 e 35.

²³ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 3ª Edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Pág. 22.

²⁴ *Ibidem*, Pág. 23.

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

conceito da “pirâmide normativa” que, em apertadíssima síntese, importa na hierarquização e sistematização entre os mais diversos diplomas normativos no interior de um sistema jurídico²⁶. Como consequência de suas premissas, depreende-se que as Cartas Políticas possuem a mais elevada hierarquia, pois fundamentam todas as normas infraconstitucionais - notadamente, quanto a validade de sua existência, através do respeito ao processo legislativo²⁷. Neste ponto, cabe pontuar, percebemos um dos elementos mais relevantes de toda a sistemática apresentada pelo mestre austríaco: na hipótese de conformidade com o rito disposto na norma hierarquicamente superior, não há que se questionar acerca de seu conteúdo material, pois a análise se limitaria ao mero cumprimento formal dos requisitos elencados pela norma superior²⁸. Por derradeiro, como elemento de coesão e justificativa sistêmica de sua doutrina, Kelsen cogitou a noção de “norma hipotético-fundamental”, como àquela que confere o signo de validade até mesmo às Constituições, mediante uma abstração teórica que visa legitimar o sistema jurídico²⁹.

Estabelecidos estes pressupostos, vale ressaltar que sobre o positivismo jurídico, notadamente o de matriz kelseniana, sofreu severas críticas em razão do distanciamento pretendido com os outros ramos das ciências humanas e o papel limitado relegado ao intérprete. Tal noção, culminou no incremento da discricionariedade valorativa dos agentes³⁰, em função do hermetismo de suas premissas. Sobre esta noção, Fausto Santos de Moraes aduz que:

“[...] O modelo de aplicação do Direito como ato de vontade implica **renunciar as contribuições da Filosofia no Direito, mais notadamente, da Filosofia Hermenêutica ou da Hermenêutica Filosófica**. Assim, quando se resigna a interpretação do Direito como produto da política judiciária (ou como afirmou Kelsen: moral, política ou sociologia), está-se assumindo que **o intérprete, como sujeito, assujeita o Direito como seu objeto, através de sua capacidade racional e transcendental de conhecer os valores jurídicos de determiná-los**”³¹ (grifos nossos)

²⁶ DALLA BARBA, *op. cit.* Pág. 24.

²⁷ *Ibidem*, Pág. 31.

²⁸ *Ibidem*, Pág. 31.

²⁹ MORAIS, *op. cit.* Pág. 24.

³⁰ Estas, aliás, foram as principais razões que fundamentaram a busca pela superação do paradigma positivista. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. Págs. 65 e 66).

³¹ DALLA BARBA, *op. cit.* Pág. 26.

Passando a análise seguinte, temos que a partir da segunda metade do século XX, desenvolveu-se a acepção moderna do movimento do constitucionalismo, através do marco teórico do pós-positivismo. Como aponta Uadi Lammêgo Bulos³², visou-se superar os extremos a que a teoria do positivismo jurídico levava e, assim, trazer novamente à baila elementos morais e éticos concernentes as normas jurídicas, através do reconhecimento de sua relevância principiológica para a criação de um direito mais justo e mais sintônico com as transformações sociais.

Como a etapa seguinte, considerando as novas demandas políticas e sociais do pós-Segunda Guerra Mundial, vislumbramos o desenvolvimento do movimento conhecido como “constitucionalismo contemporâneo”, também chamado de “neoconstitucionalismo”³³. Como patente, àquele período histórico foi marcado por violações e pela brutalidade sem precedentes a grupos étnicos e raciais que, por consequência, desaguou na necessidade de reflexão acerca da previsão e salvaguarda de direitos fundamentais nas Constituições. Quanto as principais características do neoconstitucionalismo, Bulos destaca:

“(i) equivale a uma nova teoria do direito constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo o constitucional; (iii) **inaugura um novo período da hermenêutica constitucional**; (iv) reflete a pujança da força normativa da constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do direito; (vi) retrata do advento de um novo sistema político e jurídico; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito³⁴ e (viii) **reúnem novos princípios que se prenunciam vigorosamente**”³⁵. (grifos nossos)

Sobre o quarto elemento, Novelino³⁶ destaca apesar de desenvolvimento teórico anterior, a noção de força normativa da constituição desenvolvida por Konrad Hesse³⁷, apenas alcança o seu reconhecimento teórico neste contexto histórico. O conceito, insta pontuar, se refere à capacidade da Constituição de um país de impor limites e diretrizes para o exercício do poder estatal e garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que implica

³² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 72 a 76

³³ *Ibidem*. Pág. 76.

³⁴ Este fenômeno marca a mudança do paradigma do Estado de Direito, compreendido como o modelo paradigmático do positivismo jurídico, para o nascente Estado Constitucional que, como marco teórico, utiliza-se do conceito difundido por Konrad Hesse, de força normativa da Constituição: as Constituições deixam de ser meras cartas políticas de intenção e adquirem força normativa. (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Tradução: Mariana Gascón. Editorial Trotta: Madrid, 2008. Págs. 21 a 41).

³⁵ *Ibidem*. Pág. 80.

³⁶ NOVELINO, *op. cit.*, pág. 56 a 58.

³⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

que todas as leis e ações do Estado devem estar em conformidade com as disposições constitucionais³⁸. Ademais, a noção de força normativa da Constituição é o princípio nuclear do constitucionalismo moderno, que busca estabelecer um sistema de governo baseado no império da lei e no efeito irradiante das disposições constitucionais. Isso significa, em última análise, que a Constituição não é apenas um documento simbólico ou uma mera declaração de intenções, mas possui efetividade jurídica e vincula todos os poderes públicos, incluindo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como a sociedade como um todo³⁹. Trata-se, sob a ótica específica dos direitos fundamentais, no inequívoco reconhecimento de sua efetividade vertical e horizontal.

É, por conseguinte, justamente neste contexto de busca de conciliação entre valores morais e a ciência jurídica que Robert Alexy desenvolve a sua Teoria de Direitos Fundamentais⁴⁰.

2.2. A Teoria dos Direitos Fundamentais

Alexy publica ainda no ano de 1986, seu *Magnum Opus*: Teoria dos Direitos Fundamentais que, por certo, tornou-se uma obra jurídica extremamente relevante acerca da hermenêutica dos Direitos Fundamentais na órbita do Tribunal Constitucional Alemão.

Logo na introdução da obra⁴¹, o autor reflete acerca das consequências de existirem Direitos Fundamentais previstos em uma Constituição: a possibilidade de atuação e controle de um tribunal constitucional, em razão da vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário as normas aplicáveis. Desta feita, torna-se patente que o modelo apresentado por Alexy possui como modelo jurídico almejado, o constitucionalismo contemporâneo, como já fora apresentado anteriormente⁴². Ainda no prólogo, o professor reconhece a discussão acerca da amplitude e limitação hermenêutica das normas de Direitos Fundamentais e, à luz da

³⁸ NOVELINO, *op. cit.*, pág. 56 a 58.

³⁹ MENDES, *op. cit.*, pág. 74.

⁴⁰ Notadamente, em sua obra Teoria de Direitos Fundamentais, publicado pela primeira vez em 1986. (ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008).

⁴¹ *Idem, ibidem*. Pág. 25.

⁴² MORAIS, *op. cit.* Pág. 39.

Constituição Alemã⁴³⁻⁴⁴, destaca serem dispositivos cuja regulamentação é aberta⁴⁵, *i.e.*, possuem o condão de gerarem discussões e divergências acerca de seu alcance e limitações. Diante deste cenário, Alexy defende o papel proeminente do Tribunal Constitucional Alemão, através da criação de jurisprudência sobre a matéria, como elemento pacificador das divergências, em função do caráter vinculante de suas decisões⁴⁶. Por fim, ainda quanto ao introito, depreendemos que o objetivo maior do autor é oferecer explicações acerca das decisões em matérias afeitas aos Direitos Fundamentais pelo Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento teórico e dogmático, a partir da criação de jurisprudência específica⁴⁷.

Em seguida, igualmente relevante a discussão, Robert Alexy distingue três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e outra normativa⁴⁸. A primeira importa na “dissecação sistemático-conceitual do direito vigente”⁴⁹, que significa a análise das circunstâncias sistêmicas e estruturais da ordem jurídica. Quanto a segunda, consideram-se o direito positivo e “as premissas empíricas da argumentação jurídica”⁵⁰ e, por derradeiro, a dimensão normativa visa transcender a dimensão empírica, ao estabelecer a “elucidação e a crítica da *práxis* jurídica, sobretudo sobre a *práxis* jurisprudencial”⁵¹. Neste ponto, é notória a cisão conceitual da Teoria de Robert Alexy com o paradigma positivista, pois, segundo Rafael Giorgio Dalla Barba:

“A pretensão de buscar respostas para os problemas jurídicos ou, ainda que fora de situações concretas, é resultado do fato de que **a ciência do direito é uma ciência prática, que está preocupada com aquilo que deve ser**. Assim, o conhecimento do Direito Positivo válido demanda uma dimensão empírica e, enquanto **nos casos mais problemáticos onde esse material não é suficiente, tornam-se necessários juízos**

⁴³ Como ressalva, Robert Alexy aponta que o objetivo de sua obra é “apresentar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição Alemã”, pois, segundo ele, seria inconcebível cogitar de uma Teoria desatrelada do direito positivo e da construção sociológica e política de um Estado. Assim, a despeito da amplitude dada a sua Teoria, especialmente no Brasil, após a tradução de Virgílio Afonso da Silva, aquela fora elaborada, a priori, como um modelo explicativo e reflexivo da realidade alemã. (ALEXY, *op. cit.* Pág. 29).

⁴⁴ A limitação do escopo da Teoria de Robert Alexy para o Tribunal Constitucional Alemão não implica, todavia, a impossibilidade de aproveitamento por outros sistemas jurídicos. Contudo, exige extremo cuidado em sua aplicação, especialmente quanto a reflexão crítica acerca de sua oportunidade e consideração quanto ao rigor metodológico proposto pelo autor. (DALLA BARBA, *op. cit.* Pág. 56).

⁴⁵ *Idem, ibidem*, Pág. 26.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, pág. 27.

⁴⁷ MORAIS, *op. cit.*, Pág. 40.

⁴⁸ ALEXY, *op. cit.*, Pág. 33.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, pág. 33.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, pág. 33.

⁵¹ *Idem, ibidem*, pág. 33.

de valor adicionais, ou seja, uma complementação axiológica, implicando na dimensão normativa.”⁵² (grifos nossos)

Por derradeiro, é importante salientar que a ênfase de Alexy em sua Teoria de Direitos Fundamentais é na dimensão analítica, pois a imprecisão das normas sob análise não permitiria a construção de um substrato teórico robusto o suficiente, para o diálogo suficiente entre as três dimensões sistêmicas.

2.3. A Estrutura das Normas de Direito Fundamental

Robert Alexy inicia sua abordagem metodológica sobre as normas direito fundamental, através da conceituação preliminar de “norma jurídica”⁵³. Compreendendo-as em suas diferentes acepções, a saber, quanto a validade e critério de existência⁵⁴, o autor advoga pela utilização do termo em seu aspecto semântico, ou seja, distinguindo o conceito de norma e enunciado normativo. Em síntese, trata-se do reconhecimento de que uma mesma norma pode ser traduzida por meio de diferentes enunciados normativos⁵⁵. Assim, depreende-se que a metodologia apresentada, por essência, privilegia a identificação e interpretação das normas, independentemente de sua “roupagem”, ou seja, dos enunciados normativos.

Passando a análise das normas de Direito Fundamental, Alexy defende, como definição geral, a noção de que “(...) são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”⁵⁶. Em síntese, o conceito traduz a noção expansiva acerca da presença dos Direitos Fundamentais nas Cartas Políticas, haja visto a sua possibilidade de incidência, por disposição expressa do texto constitucional ou por outras normas decorrentes daquelas disposições primárias, chamadas de normas de direito fundamental atribuídas ou associadas⁵⁷. Contudo, há que se reconhecer que o conceito introduzido ainda possui uma abertura significativa. Para buscar solucionar a controvérsia, o

⁵² DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 57.

⁵³ ALEXY, *op. cit.*, págs. 51 a 65.

⁵⁴ DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 58.

⁵⁵ (ALEXY, *op. cit.*, pág. 53 e seguintes). Ilustrativamente, Alexy aduz que os enunciados normativos “É proibido extraditar alemães” e “Alemães não podem ser extraditados” indicam a mesma norma, mesmo que formulados de forma diversa.

⁵⁶ *Ibidem*, págs. 75 e 76.

⁵⁷ (DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 60 e 61). Exemplificativamente, o autor aponta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão sobre direitos fundamentais, seria um destes exemplos de normas que não decorrem diretamente do texto constitucional.

professor alemão, didaticamente, indica que a dificuldade de identificação seria mitigada pela conjunção de três elementos: a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o arcabouço normativo sobre direitos fundamentais e, em última análise, a própria hermenêutica utilizada na fundamentação dos direitos fundamentais⁵⁸.

Por derradeiro, considerando as duas fontes possíveis das normas de direito fundamental, a saber, as de previsão expressa nas Constituições e àquelas derivadas ou associadas a elas, Alexy defende métodos hermenêuticos diversos para a sua aplicação. Conforme apurou Dalla Barba⁵⁹, em caso de previsão direta e expressa do texto constitucional, a solução seria a aplicação do método subsuntivo, através do simples confronto entre a situação fática e a norma constitucional. Contudo, esta fórmula seria insuficiente nas hipóteses em que se vislumbrasse abertura semântica para interpretação, especialmente, quando houvesse ambiguidade, vagueza ou abertura valorativa. Nestas situações⁶⁰, Alexy cogita um sistema (aplicação do método da ponderação, através da proporcionalidade *latu sensu*), com o intuito de fornecer uma resposta mais adequada às situações mais complexas de equacionamento⁶¹.

Empreendidos estes esclarecimentos preliminares, passa-se a conceituação e distinção entre regras e princípios na obra de Robert Alexy⁶²; aspecto este, absolutamente fundamental para as premissas que serão discutidas ao longo do trabalho, notadamente, quanto a natureza das normas em conflito no HC 126.292/SP e sobre o método de solução de seu conflito.

2.3.1. A Distinção entre Regras e Princípios

Robert Alexy não é o único autor que se debruçou sobre a diferenciação teórica entre regras e princípios. Novelino⁶³, sobre as diferentes correntes de pensamento, destaca que

⁵⁸ DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 63.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 64.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 64.

⁶¹ Via de regra, relacionado ao conflito ou colisão entre princípios entre direitos fundamentais. (MORAIS, *op. cit.*, págs. 52 e 53).

⁶² Alexy adverte que a distinção entre regras e princípios é extremamente relevante para as conclusões posteriores em sua obra, pois “(...) sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições de direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. (ALEXY, *op. cit.*, pág. 85)

⁶³ NOVELINO, *op. cit.* Pág. 140 a 142.

Peczenik e Hage⁶⁴ compreendem a distinção entre princípios e regras, em função das razões que proporcionam para decisões concretas. Se, por um lado, as regras ofereceriam razões decisivas, levando a conclusões específicas, os princípios forneceriam razões contributivas, ao indicarem argumentos a favor ou contra determinados resultados; contudo, não determinariam uma conclusão específica. Ademais, os princípios seriam, por sua natureza, unilaterais, limitando-se a aspectos específicos de um caso, e, por isto, diferentes princípios poderiam fornecer razões conflitantes. Portanto, segundo os autores, um julgamento equilibrado requereria o balanceamento das razões contributivas fornecidas pelos princípios envolvidos, a fim de se chegar a uma decisão bem fundamentada, sob o ponto de vista do conflito entre regras e entre princípios⁶⁵.

Em seguida, cabe destacar a contribuição oferecida por Humberto Ávila sobre o tema⁶⁶. Em sua obra "Teoria dos Princípios"⁶⁷, o autor compreende que as regras são normas decisivas e abrangentes, buscando uma solução específica para conflitos de razões, ao passo que os princípios seriam normas complementares e parciais, fornecendo razões contributivas para a decisão⁶⁸. Por outro lado, quanto à justificação na interpretação e aplicação, as regras exigiriam a correspondência conceitual entre os fatos e a norma, considerando sua finalidade. Já os princípios requerem a correspondência entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta necessária para sua promoção⁶⁹.

Ademais, Novelino⁷⁰ aponta ainda para a distinção entre regras e princípios oferecida por Ronald Dworkin, cuja diferença se manifestaria nas direções normativas típicas de cada instituto normativo. O professor americano aponta a existência de três instâncias normativas: regras, políticas e princípios. As primeiras seriam aplicadas de maneira binária, segundo a lógica do "tudo ou nada" e, por isto, forneceriam respostas definitivas, na hipótese de validade da regra⁷¹. Por outro lado, nos princípios estariam incorporados mandatos de ordem moral, orientando os juízes na tomada de decisões, segundo o peso atribuído, nas hipóteses de conflito

⁶⁴ MORAIS, *op. cit.*, págs. 56 e 57.

⁶⁵ NOVELINO, *op. cit.*, pág. 140.

⁶⁶ *Idem, ibidem.*, pág. 141.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁶⁸ ÁVILA, *op. cit.*, págs. 22 a 77.

⁶⁹ *Idem, ibidem.* Págs. 22 a 77.

⁷⁰ NOVELINO, *op. cit.*, págs. 141 e 142.

⁷¹ *Idem, ibidem.* Pág. 142.

entre eles; não obstante, não possuiriam o condão de oferecerem respostas definitivas, porém, funcionariam como elementos norteadores nas decisões em casos complexos, sem, com isto, implicar em sua invalidação, quando preteridos na hipótese concreta⁷². Por derradeiro, as diretrizes políticas qualificar-se-iam como normas programáticas, pois estabeleceriam objetivos a serem alcançados, promovendo progresso socioeconômico⁷³.

Passando aos pressupostos estabelecidos por Alexy, o professor alemão aduz que regras e princípios seriam espécies do gênero norma, pois ambas se apresentariam como expressões deônticas que expressariam o dever, a permissão ou proibição⁷⁴. Em síntese, as duas espécies normativas visam regulamentar situações jurídicas fáticas, apesar de, para alcançar o fim colimado, utilizarem-se de métodos e técnicas hermenêuticas distintas, em razão da inequívoca diferença qualitativa entre ambas⁷⁵. Quanto a este ponto, o jurista, introdutoriamente, aduz que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁷⁶, sendo, portanto, considerados “mandamentos de otimização”⁷⁷. Isto significa, em síntese, que os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, não importando, contudo, na invalidação do princípio conflitante, em caso de conflito⁷⁸. Por sua vez, as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁷⁹, ou seja, a validade e aplicabilidade de uma regra implica na invalidade ou inaplicabilidade da regra conflitante, caso não seja estabelecida uma cláusula de exceção.

2.4. A Colisão entre Direitos Fundamentais

Antes de abordar, em espécie, as situações de conflito entre direitos fundamentais, vale tecer algumas considerações acerca das teorias do suporte fático e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁷² *Idem, ibidem*, pág. 142.

⁷³ *Idem, ibidem*, pág. 142.

⁷⁴ ALEXY, *op. cit.*, pág. 87.

⁷⁵ *Idem, ibidem*. Pág. 90.

⁷⁶ *Idem, ibidem*. Pág. 90.

⁷⁷ *Idem, ibidem*. Pág. 90.

⁷⁸ DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 66.

⁷⁹ ALEXY, *op. cit.*, pág. 91.

A teoria do suporte fático⁸⁰ importa, em breve síntese, nas condições específicas de uma norma que, caso presentes, conferem um determinado resultado jurídico⁸¹. Como elementos estruturantes, temos o seu âmbito de proteção, vinculado ao conteúdo do próprio bem jurídico e a intervenção que, em determinadas circunstâncias, demanda a intervenção positiva do poder público, como forma de garanti-lo, ou a sua abstenção, nas hipóteses de direitos defensivos, a fim de coibir abusos e limitar o poder Estatal⁸². Quanto as suas espécies, se destaca a teoria do suporte fático restrito que tem “como característica a exclusão apriorística de determinados fatos, estados, ações, condutas ou formas de exercício subsumíveis no âmbito de proteção da norma”⁸³. Isto significa, na prática, que qualquer possibilidade de colisão é sumariamente afastada, em função do comportamento de regra da norma, ou seja, o preceito deve ser aplicado exatamente segundo as suas diretrizes⁸⁴. Por outro lado, a teoria do suporte fático amplo visa conciliar os elementos do âmbito de proteção e da intervenção, uma vez que, em abstrato, seria impossível conceber o comportamento absoluto de uma norma e a sua exclusão automática da possibilidade de conflito com outras normas de direito fundamental⁸⁵. Como consequência, todas as normas de direito fundamental adotariam o comportamento de princípios; o que, por certo, tornaria necessária a ponderação na grande maioria de hipóteses de conflito⁸⁶.

Não obstante, o próprio Robert Alexy, diante dos conceitos apresentados, compreende que a distinção entre regras e princípios ficaria mais elucidativa, diante das hipóteses concretas de conflito⁸⁷; razão pela qual, analisaremos as hipóteses de colisão e conflito entre regras e princípios.

2.5. O Conflito entre Regras e Conflito entre Princípios

⁸⁰ Segundo Virgílio Afonso da Silva, o âmbito de proteção “responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito”, ao passo que, segundo Alexy, o “suporte fático e âmbito de proteção coincidem totalmente: aquilo que é incluído no suporte fático é incluído também no âmbito de proteção”, nas hipóteses de conflitos de direitos defensivos. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009; ALEXY, *op. cit.*, pág. 303).

⁸¹ NOVELINO, *op. cit.*, pág. 325.

⁸² *Idem, Ibidem.*, pág. 325.

⁸³ *Idem, ibidem*, pág. 327.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, pág. 327.

⁸⁵ *Idem, ibidem*, pág. 328.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, pág. 328.

⁸⁷ ALEXY, *op. cit.*, pág. 91.

Em relação ao conflito de regras, Robert Alexy é taxativo ao dispor que a solução só será encontrada, se for estabelecida uma cláusula de exceção entre as regras conflitantes ou, por outro lado, se uma delas for invalidada. Na primeira hipótese, haveria uma espécie de “salvo-conduto” para o “descumprimento” de uma regra, diante da ocorrência de uma dada situação fática⁸⁸. Na verdade, não ocorreria desrespeito aos ditames estabelecidos em uma regra, na medida que integraria o seu núcleo normativo, a exceção depreendida. Todavia, caso não seja possível estabelecer nenhum tipo de cláusula de exceção, será necessário que o intérprete se valha dos “critérios clássicos” de solução de conflito entre normas (antinomias): a hierarquia, a especialidade e a precedência⁸⁹⁻⁹⁰.

Por outro lado, diante da ocorrência de conflito entre princípios, os métodos de solução de antinomias seriam insuficientes para o equacionamento do embate normativo⁹¹. Assim, necessariamente, um dos princípios deverá ceder em face do outro na situação concreta; o que, todavia, não implica na invalidação do princípio sucumbente, senão, o estabelecimento de uma precedência condicionada entre ambos⁹². Isto significa afirmar que, em uma dada circunstância fática, um princípio prevalecerá sobre outro, caso estejam reunidas algumas circunstâncias particulares⁹³. A esta formulação teórica, Alexy chamou de “lei de colisão”⁹⁴.

Como consequência desta relação traçada, o professor alemão deduz que não existiria uma relação de precedência absoluta entre os princípios de direito fundamental⁹⁵, visto que, apenas à luz do caso concreto, seria possível ponderá-los⁹⁶ e, assim, estabelecer uma relação de

⁸⁸ Didaticamente, Alexy explica a relação entre as regras de “proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque” e o “dever de sair da sala se soar do alarme de incêndio” (ALEXY, *op. cit.*, pág. 92). Em primeira análise, a primeira regra possui um caráter absoluto, pois, em nenhuma hipótese, deve-se sair da sala de aula, antes que toque o sinal. Contudo, a segunda regra, legítima cláusula de exceção, condiciona a primeira a eficácia em todas as outras situações, que não, diante da ocorrência de um incêndio. Assim, diante da situação concreta, é possível inferir o seguinte enunciado normativo: “é proibido sair da sala de aula antes que o sinal toque, excetuada a hipótese de incêndio, na qual é dever do sujeito, sair imediatamente da sala de aula”.

⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018. Edição Virtual. Pág. 221 e 222.

⁹⁰ ALEXY, *op. cit.*, pág. 93.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 93.

⁹² *Ibidem*, pág. 93.

⁹³ Para este raciocínio, Alexy desenvolve a fórmula “(P1 P P2) C”, em que o princípio “P1” terá um peso maior do que “P2”, caso estejam reunidas algumas condições (C). (*Idem, ibidem*, págs. 96 a 99).

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 99.

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 99.

⁹⁶ Trata-se da adoção da teoria relativa acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da teoria externa acerca das restrições de direitos fundamentais, que aponta que a decisão deve considerar as circunstâncias e limitações concretas e jurídicas do caso. (NOVELINO, *op. cit.*, págs. 330 a 333)

precedência condicionada entre ambos. Estas conclusões, não obstante, gozarão do *status* de regra, caso apresentem a correta fundamentação referida a direitos fundamentais⁹⁷.

Ainda em relação à natureza dos princípios, insta pontuar que este elemento é absolutamente imprescindível à compreensão da teoria desenvolvida por Robert Alexy, uma vez que, em nenhuma hipótese, será possível afirmar que um princípio prevalecerá sob outro, em razão de seu “peso em abstrato”⁹⁸. Pelo contrário: nenhum princípio constitucional, independente da natureza e abrangência, poderia prevalecer sobre um outro. Assim, como característica, Alexy aponta que os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁹, ou seja, não apresentam razões definitivas, na medida em que podem ser afastadas por fundamentos jurídicos contrários, que justifiquem aquele “sacrifício principiológico”. Isto é, a regra extraída diante da colisão entre princípios, por si, não é definitiva, a menos que seja obedecida à metodologia da argumentação jurídica e as regras próprias da ponderação racional¹⁰⁰. Por outro lado, o comportamento das regras difere, pois “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, (pois) elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”¹⁰¹. Portanto, é extremamente claro que, para Alexy, as consequências do conflito entre princípios e regras são diversas, na medida em que as razões depreendidas diferem diante da natureza da norma em conflito.

Diante destas premissas, Alexy destaca que mesmo que os princípios adquiram um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, através do incremento de sua carga argumentativa, nunca alcançarão o mesmo caráter *prima facie* do que as regras¹⁰². Dito de outra forma, é possível inferir que os princípios nunca serão razões definitivas, como as regras.¹⁰³⁻¹⁰⁴

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 102.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 99.

⁹⁹ *Ibidem*, págs. 103 e 104.

¹⁰⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 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: 23 de maio de 2023. Pág. 375.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 104.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 105 e 106.

¹⁰³ DALLA BARBA, *op. cit.*, pág. 72.

¹⁰⁴ ALEXY, *op. cit.*, pág. 108

2.5.1. O Sopesamento entre Princípios e a Utilização do Princípio da Proporcionalidade: A Ponderação Racional

Precipuamente, vale ressaltar que a ponderação racional de princípios, defendida por Robert Alexy, decorre da compreensão do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que, em sua estrutura, abarca três subprincípios: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁵. Como método, ao revés de sua utilização atécnica, a ponderação racional corresponde a aplicação do último dos subprincípios, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁶.

Quanto ao subprincípio da idoneidade, também conhecido como da adequação, temos o questionamento se a intervenção proposta possibilita a promoção ou realização de um outro direito fundamental ou bem jurídico protegido pela Constituição¹⁰⁷. Em outros termos, a norma preterida deve possibilitar a realização de um fim constitucionalmente almejado ou, ao menos, justificado¹⁰⁸. Em relação ao subprincípio da necessidade, Alexy desenvolve a noção preliminar de que, quando exequível, a intervenção no direito fundamental sucumbente deve ser o menor possível, ou seja, deve se buscar à medida que menos afete o conteúdo do direito fundamental oposto¹⁰⁹. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a própria ponderação racional, exige que os benefícios obtidos com a medida interventiva sejam superiores aos prejuízos causados¹¹⁰, ou, segundo Alexy: “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”¹¹¹. Diante da complexidade do método, são válidas as considerações didáticas de Gilmar Mendes sobre o assunto, senão vejamos:

¹⁰⁵ GAVIÃO FILHO, *op. cit.*, pág. 274.

¹⁰⁶ *Idem*, *ibidem*, pág. 274.

¹⁰⁷ *Idem*, *ibidem*, pág. 274.

¹⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, pág. 274 e 275.

¹⁰⁹ *Idem*, *ibidem*, pág. 278.

¹¹⁰ *Idem*, *ibidem*, pág. 284.

¹¹¹ ALEXY, *op. cit.*, pág. 593. Ainda em relação à proporcionalidade em sentido estrito, Alexy defende que o sopesamento obedecerá, rigorosamente, a três passos consecutivos, a saber: o grau de satisfação ou afetação da norma; a determinação da relevância sistêmica do princípio “vencedor” e, por fim, a análise da relevância da prevalência do princípio, em face da não satisfação do princípio sucumbente. Como consequência da aplicação deste método, teríamos o estabelecimento de da relação de precedência condicionada dos princípios em conflito. (MENDES, *op. cit.*, pág. 82 e 83; GAVIÃO FILHO, *op. cit.*, pág. 284).

“[...] O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (teste da adequação), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado (teste da necessidade) e que passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito). O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão. É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode--se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro.”¹¹²

Por certo, apesar de extremamente engenhoso, o método em comento não se apresenta sem dificuldades práticas para a sua efetivação. Em primeira medida, seria extremamente complexo estabelecer uma relação racional na terceira etapa do método, ou seja, a fundamentação correta pela qual a consecução de um princípio é mais “relevante”, ou seja, justificada, diante do descumprimento de outro direito fundamental¹¹³. Todavia, apoiado pela doutrina de Habermas, citado por Anízio Gavião¹¹⁴, a maior crítica ao método seria sua suposta irracionalidade, em razão da inexistência de critérios objetivos suficientes para a sua aplicação. No entanto, o próprio autor rebate este argumento, em trecho de sua obra que, dada a sua importância, diante dos críticos à Alexy, cabe a transcrição:

“A ponderação não é irracional porque é uma fórmula vazia de conteúdo ou um recurso retórico sem referencial jurídico, que opera com variáveis incomensuráveis e que se importa exclusivamente com a justiça do caso concreto. **O problema não está na ponderação em si mesma, mas no como ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais.** Na grande maioria dos casos, as decisões judiciais se limitam ao estabelecimento da relação de prevalência condicionada às circunstâncias do caso concreto como se esse fosse o único passo necessário. Como esse não é o caso, os saltos lógicos são inevitáveis. **A proposição da conclusão do argumento não resulta logicamente das premissas que são apresentadas para sua fundamentação. O resultado é que não se pode falar seriamente em uma fundamentação.** As premissas permanecem, para sempre, ocultas. Muito dificilmente

¹¹² MENDES, *op. cit.*, pág. 82 e 83.

¹¹³ GAVIÃO FILHO, *op. cit.* Pág. 286.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, pág. 287.

os passos intermediários são explicitados. Nesses casos, a proposição normativa concreta parece ser um resultado intuitivo. (...) As objeções normalmente dirigidas contra a racionalidade da ponderação podem ser suficientemente respondidas.”¹¹⁵ (grifos nossos).

Pelo exposto, é possível concluir que não existe um problema inerente ao método, mas sim, em sua utilização e incorporação pelos Tribunais Superiores. Ora, caso as premissas sejam desobedecidas e a fundamentação seja insuficiente, por certo, as conclusões serão equivocadas e distantes do idealizado pelo professor alemão; sem que, com isto, seja verossímil questionar, de antemão, a validade do método.

Estabelecida, em breve síntese, o método Alexyano para a resolução de conflitos entre princípios, passa-se a reflexão acerca da possibilidade do embate entre as duas espécies normativas entre si, ou seja, conflito entre regras e princípios.

2.5.2. O Conflito entre Regras e Princípios: Posição de Alexy e a Contribuição de Humberto Ávila.

Como visto anteriormente, a distinção entre regras e princípios na teoria Alexyana é qualitativa¹¹⁶, e, por isto, não se relaciona a noção abstrata de aplicabilidade, como ocorre entre princípios, por exemplo¹¹⁷. Desta feita, tendo em vista a natureza das normas em conflito, especialmente, quanto a inequívoca diferença estrutural entre ambas, questiona-se, preliminarmente, se seria possível o conflito e, em caso afirmativo, como se vislumbraria a sua possível solução.

Primeiramente, segundo Alexy, haveria uma precedência das regras sobre os princípios, na hipótese de embate. Isto ocorre, pois, considerando a indeterminabilidade e abertura interpretativa inerentes a estrutura normativa dos princípios, as decisões em matéria de regra, geralmente, dirimem “mais que a decisão a favor de determinados princípios”¹¹⁸. Neste ponto,

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, págs. 298 e 299.

¹¹⁶ ALEXY, *op. cit.*, pág. 90.

¹¹⁷ SANDRI, G. Sangalli. **A (in)adequada recepção da teoria de Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(2), 72 – 84, publicado em 10 de março de 2021. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/215>. Acesso em: 21 de maio de 2023. Pág. 76.

¹¹⁸ Neste ponto, vale cogitar acerca das consequências jurídicas de decisões que envolvam princípios, daquelas que envolvam regras. Nas primeiras, vislumbra-se o estabelecimento de uma condição de precedência entre os

insta pontuar que o autor não subdimensiona a importância dos princípios em um ordenamento jurídico constitucional, como aparenta em uma primeira análise. Na verdade, Alexy destaca que, apenas excepcionalmente, ou seja, quando reunidas determinadas condições especiais, seria possível conceber uma situação em que um princípio prevalecesse sobre uma regra; nesse sentido, Guilherme Sandri aponta que:

“[...] aplica-se a regra da 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 ao teor literal da Constituição possa ser afastado**”¹¹⁹. (grifos nossos)

Neste ponto, parcela da doutrina compreende que, seguindo o rigor da teoria desenvolvida por Alexy, seria inconcebível uma situação em que um princípio prevalecesse sobre uma regra. Tal premissa seria verdadeira, pois, sempre que houvesse fundamentos suficientes para afastar a incidência de uma regra, na verdade, estar-se-ia diante do conflito entre um princípio e o princípio da vinculação literal da Constituição¹²⁰. Em outras palavras, ocorreria a incidência imediata do último princípio, tornando, assim, impossível o conflito real entre uma regra e um princípio.

Assim, como conclusão preliminar, é seguro afirmar que, a precedência defendida por Alexy possui o fito de salvaguardar a soberania e supremacia constitucional, bem como, impedir a imposição discricionária da vontade de agentes que detenham o poder¹²¹. Ora, permitir a livre valoração do intérprete, utilizando-se de critérios pessoais e injustificados, sem ao menos considerar a diferença fundamental entre as normas de direito fundamental, inclusive quanto ao seu caráter *prima facie*, parece culminar na arbitrariedade a que Fausto Santos de Morais nos adverte, em seu valoroso tratado sobre a matéria¹²².

princípios no caso concreto; o que, em nenhuma medida, afasta a possibilidade de um embate posterior entre os mesmos princípios, sob circunstâncias fáticas diversas. Por outro lado, na hipótese de confronto entre regras, o estabelecimento de cláusulas de exceção possui um impacto sistêmico substancial, se comparado com as condições de preferência entre princípios. Não obstante, a possibilidade de se retirar uma regra de um ordenamento jurídico, diante das conclusões obtidas de embate com uma outra regra, por si, demonstra a dimensão *sui generis* que a confronto desta espécie normativa pode ocasionar. (ALEXY, *op. cit.*, pág. 140).

¹¹⁹ *Idem, ibidem*. Pág. 141.

¹²⁰ SANDRI, *op. cit.*, pág. 80.

¹²¹ SANDRI, *op. cit.*, págs. 79 e 80.

¹²² MORAIS, *op. cit.*

Por derradeiro, vale apontar a contribuição do professor Humberto Ávila em relação ao tema. Diferentemente de Alexy, Ávila compreende que é possível o conflito entre regras e princípios, e que, caso gozem da mesma hierarquia, as regras prevaleceriam¹²³. Nesse sentido, a tese do autor se situa no campo da hierarquia, e não da espécie normativa, ou seja, caso de vislumbre um conflito entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, a primeira prevaleceria, em função de seu status diferenciado.

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ATRAVÉS DO HC 126.292/SP

3.1. Dos “Primeiros Julgados” ao Posicionamento Histórico da Corte no HC 84.078/MG

Precipualemente, cumpre informar que com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma mudança paradigmática na concepção jurídica vigente. Fruto do processo de redemocratização pós-Ditadura, a Constituição Cidadã, de inequívoco caráter dirigente¹²⁴, trouxe em seu art.5º, LVII, a previsão expressa da norma da presunção de inocência na instrução criminal, senão vejamos:

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.** (grifos nossos)

Diante desta previsão constitucional, surgiram dúvidas acerca de sua limitação, aplicação e, especialmente, quanto a possibilidade de execução provisória da pena, nos mais diversos tribunais do país. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1991, no julgamento do HC 68.726/DF¹²⁵, de lavra do Ministro Néri Silveira, compreendeu que a

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pág. 85.

¹²⁴ MENDES, *op. cit.* Pág. 29.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 68.726/DF. Habeas Corpus. Sentença Condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art.5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art.669. Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

execução provisória da pena não violaria a presunção de inocência insculpida no texto constitucional; pacificando, portanto, até aquele momento, a interpretação restritiva do art.5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Passados inúmeros anos de decisões convergentes à jurisprudência firmada pela Corte Suprema, apenas no ano de 2009, a Corte Suprema, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG¹²⁶, em um histórico julgamento de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau sedimentou a noção de que a inexistência do trânsito em julgado da sentença condenatória obstaculizaria a execução da pena; mesmo que em caráter provisório. Dada a sua particular relevância, cabe a transcrição parcial de sua ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". (...) 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. **A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito.** Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso **a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** (...) 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal.** A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, **reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais.** A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...) **A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.** 8. **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua**

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 84.078-7/MG. HABEAS CORPUS. Inconstitucionalidade Da Chamada "Execução Antecipada Da Pena". Art. 5o, LVII, Da Constituição Do Brasil, Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília: 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.¹²⁷ Ordem concedida. (grifos nossos)

Diante da ementa, nota-se a crítica do relator aos fundamentos aventados pelos seus pares, inclusive ressaltando que a medida só poderia ser justificada, diante da conveniência dos magistrados e não, através da fundamentação jurídica conforme a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. Além disto, é de se destacar o argumento da tutela diferenciada a bens jurídicos de matriz patrimonial, se comparado com as decisões que envolvem liberdades individuais na jurisprudência do Excelso Pretório.

A propósito, no voto do Ministro Eros Grau, restaram consignados entendimentos extremamente relevantes para a discussão, como: i) a única possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é a de caráter liminar¹²⁸; ii) que o princípio a ampla defesa não pode ser interpretado restritivamente, abrangendo, inclusive a fase recursal¹²⁹ e iii) que o modelo de presunção de inocência encampado na Constituição Federal de 1988 é incompatível com a execução provisória da pena¹³⁰.

3.2. Entre 2016 e 2019: O HC 126.292/SP e a aplicação da Execução Provisória da Pena

No ano de 2016, mais especificamente, no dia 17 de fevereiro, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292/SP¹³¹, de relatoria do Ministro Teori Zavaski que, indiscutivelmente, foi um marco na jurisprudência brasileira. Por 7 votos a 4, a Corte possibilitou a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que, para alguns, significou a supressão e a suspensão do princípio da presunção

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 84.078-7/MG. HABEAS CORPUS. Inconstitucionalidade Da Chamada "Execução Antecipada Da Pena". Art. 5o, LVII, Da Constituição Do Brasil, Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília: 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG, *op. cit.*, pág. 5.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG, *op. cit.*, pág. 5.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG, *op. cit.*, pág. 6 e seguintes.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, *op. cit.*

de inocência em nosso sistema jurídico¹³². Dada a sua relevância para a presente discussão, cabe a transcrição integral de sua ementa:

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.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado¹³³.

3.2.1. Fundamentação Jurídica dos Ministros

De plano, cabe apontar que, como corte metodológico, serão apresentados os votos paradigmáticos dos Ministros Teori Zavaski, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski que, apesar de não representarem, com perfeição, o parecer subjetivo de cada integrante da Suprema Corte, nos fornecem um panorama fidedigno das posições encampadas pelos Ministros.

3.2.1.1 Ministro Teori Zavaski

O Ministro relator aponta a matéria afeita a execução provisória da pena demanda reflexões acerca da extensão do princípio da presunção de inocência analisado em conjunto com a busca pela efetividade do sistema penal que serviriam, portanto, para atender os interesses, não apenas do acusado, como da própria sociedade¹³⁴. Em seguida, Zavaski empreende uma síntese da história da jurisprudência sobre o tema, citando, por exemplo, o já discutido HC 68.726/DF (de relatoria do Min. Néri da Silveira) e cita as Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, como elementos justificadores de sua posição. Ademais, cita que o “histórico posicionamento da Corte” modificou apenas com o advento do julgamento do HC 84.078/MG que, como visto, considerou a execução provisória da pena incompatível com o princípio da presunção de inocência.

¹³² TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pág. 136.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.*

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Págs. 4 e 5.

Em seguida, o Ministro reflete acerca do caráter substancial da presunção da inocência, inclusive, ressaltando o seu impacto sistêmico na garantia das prerrogativas e direitos dos acusados, frente a persecução penal. Contudo, aduz que com o exaurimento das discussões acerca das matérias factuais e probatórias em segunda instância, haveria a concretização do duplo grau de jurisdição e, por consequência, se estabeleceria a responsabilidade criminal do sujeito¹³⁵; excetuada o caso específico de revisão criminal. Ou seja, mesmo diante da hipótese de impetração de ações originárias dos Tribunais Superiores, como o Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal e Recurso Especial no Supremo Tribunal de Justiça, o alcance da matéria discutida (matéria de direito) possibilitaria, na opinião do jurista, a relativização, ou mesmo completa inversão do princípio da presunção de inocência.¹³⁶⁻¹³⁷

Não obstante, ao citar os julgados que defendem a posição contrária, qual seja, a da aplicação “absoluta” do princípio da presunção de inocência, o Ministro aponta que “negam executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários” e que, por isto, incentivariam a proposição de recursos de caráter meramente protelatórios¹³⁸. Assim, por fim, ressalta o Ministro que, ao invés de servirem como instrumento de fomento a presunção de inocência, tais recursos configurariam um elemento inibidor da efetividade da tutela penal¹³⁹.

3.2.1.2. Ministro Luís Roberto Barroso

O voto do Ministro Barroso segue estruturado em três partes principais, a saber, referente ao delineamento da controvérsia, dos fundamentos jurídicos favoráveis a execução provisória da pena e dos fundamentos paradigmáticos do novo entendimento. Após a contextualização temática, Barroso inicia seu parecer afirmando que o entendimento firmado em 2009 configuraria uma mutação constitucional¹⁴⁰ e que, após as “consequências” práticas daquele

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Págs. 6 e 7.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Págs. 6 e 7.

¹³⁷ Para endossar o seu argumento, Teori Zavaski cita o voto da Min. Ellen Gracie no HC 85.886/RJ e um trabalho acadêmico elaborado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman (vide págs. 9 a 12 do julgado), que advogam que a tendência mundial, inclusive quanto aos países mais desenvolvidos, como a Inglaterra, França e Canadá, é a possibilidade de execução provisória da pena.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Págs. 13 e 14.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Págs. 15.

¹⁴⁰ Em seu voto, Barroso explica que “(...) trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto.”

entendimento, estaria caminhando a Corte, naquele momento histórico, para uma nova mutação constitucional do sentido empregado ao princípio da presunção de inocência¹⁴¹. Como repercussões do entendimento até então adotado, Barroso, em consonância com Zavaski, destaca o incremento de recursos ditos “protelatórios”, o fomento a seletividade penal¹⁴² e a desconfiança generalizada com o sistema punitivo, citando, neste último, o crescimento de ações prescritas nas Cortes Superiores, em função da adoção da postura criticada pelo jurista.

Em seguida, o Ministro argumenta que o marco para a decretação da prisão definitiva no sistema penal brasileiro não é o seu trânsito em julgado, senão, a própria ordem escrita e fundamentada do poder judicial competente¹⁴³. Nesse sentido, Barroso aduz que não seria necessário o esgotamento de todas as possibilidades de recursos para o acusado; sendo esta, em sua visão, a interpretação conforme com o texto constitucional. Com o fito de endossar seu argumento, Barroso se utiliza de analogia ao artigo 5º, LXVI da Constituição Federal, que versa sobre a possibilidade de deferimento de liberdade provisória, quando a lei a admitir, como um dispositivo, a seu ver, justificador da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Assim, empreendendo uma análise comparativa dos institutos de prisão pré-processuais, como as prisões preventiva e temporária, e endo-processuais, como aquelas destinadas a deportação, extradição e expulsão de estrangeiros, o Ministro conclui pela compatibilidade da execução provisória da pena com o sistema punitivo pátrio.

Talvez a maior contribuição do voto de Barroso para o presente debate, esteja inserido na terceira parte de seu voto, em que se discute a natureza jurídica da presunção de inocência, aventada a possibilidade de sua ponderação em face do princípio da efetividade da tutela penal. Preliminarmente, utilizando-se da premissa de Ronald Dworkin¹⁴⁴, aponta que a presunção de inocência seria um princípio, pois não obedeceria ao método subsuntivo, típico desta espécie normativa, nem poderia ser aplicada na metodologia de “tudo ou nada”, cuja regra regularia completamente a disciplina, ou, por consequência, restaria sumariamente descumprida. Quanto

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 31.

¹⁴² Neste ponto, o Ministro traça uma suposta correlação entre possibilidade de recorrer e capacidade financeira, induzindo a noção de que, quanto mais abastado o réu, maior a possibilidade de apresentação de algum recurso; ao revés do que ocorreria nas Defensorias Públicas, que não possuiriam “estrutura para bancar a procrastinação”.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 35.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 38.

a qualificação dos princípios, Barroso utiliza o paradigma estabelecido por Robert Alexy¹⁴⁵, alegando que, como “mandados de otimização”, devem ser efetivados diante das circunstâncias e limitações fáticas do caso em concreto, através do método da ponderação racional.

No caso em discussão, Barroso compreende que existe o conflito entre as normas constitucionais da presunção de inocência e da efetividade do sistema penal que, em seu parecer, gozam do mesmo status de princípios. Por consequência, o Ministro destaca 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 [...]”.¹⁴⁶ (grifos nossos).

Ainda neste ponto, percebe-se inequívoca a utilização da Teoria de Robert Alexy acerca da ponderação racional; especificamente quanto ao seu derradeiro elemento, qual seja, a utilização da proporcionalidade em sentido estrito. Barroso aponta que o sacrifício imposto a presunção de inocência na hipótese aventada, qual seja, a possibilidade de execução provisória da pena, se justificaria diante do ganho em proteção da efetividade do sistema penal, notadamente em razão da mínima possibilidade de revisão das sentenças estabelecidas em segundo piso¹⁴⁷. Assim, em suma, Barroso indica que a ponderação empreendida conflui para a possibilidade de execução provisória da pena, em pacientes que estejam esperando o julgamento de recursos pelos Tribunais Superiores¹⁴⁸.

Por derradeiro, o Ministro aventada outros argumentos relacionados ao suposto uso abusivo e procrastinatório dos recursos aos Tribunais Superiores, da constitucionalidade das

¹⁴⁵ Vide o Capítulo 2.3.1 do presente trabalho, em que aprofundo a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 41.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 41 e 42.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 42.

prisões no interstício processual¹⁴⁹, a busca pela razoável duração do processo penal e outros argumentos que, para fins do presente estudo, não serão esmiuçados.

3.2.1.3. Ministro Ricardo Lewandowski

Trata-se do voto mais crítico aos argumentos aventados pelo Ministro relator e Luís Roberto Barroso. Inicialmente, Lewandowski defende a taxatividade do art. 5º, LVII da Constituição Federal no sentido da aplicação da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e, assim, endossa a sua posição historicamente adotada desde o advento de seu voto proferido no paradigmático HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, quando já compunha os quadros da Corte Suprema. Em seguida, rechaça os argumentos de ordem consequencialista apresentados pelo Ministro Relator Teori Zavaski e endossado por outros Ministros, dentre eles, Luís Roberto Barroso, da suposta impunidade e inefetividade da tutela jurisdicional, em razão do privilégio a presunção de inocência aplicada de forma “absoluta”.

Noutro plano, o Ministro aponta sua preocupação diante da posição firmada pela Corte, principalmente diante do contexto catastrófico que aflige o nosso sistema penitenciário. Por derradeiro, Lewandowski ressalta o caráter patrimonialista de nosso sistema punitivo, diante da tutela especial aos delitos que envolvem a salvaguarda dos direitos de propriedade e, inequivocamente, superencarcera, possuindo, à época, a quarta maior população do planeta¹⁵⁰.

3.3. Consequências do Julgado

A mudança de entendimento da Egrégia Corte impactou sensivelmente a população brasileira, à época. Naquele período, o país passava por um contexto de instabilidade política, social e econômica: por um lado, a ex-presidente Dilma Rousseff apresentava uma queda vertiginosa nas pesquisas de popularidade e começava-se a erigir a discussão acerca de seu

¹⁴⁹ E, por analogia, a consequente constitucionalidade da execução provisória da pena.

¹⁵⁰ Segundo os dados apresentados pelo Ministro, a quantidade de presos provisórios se aproximaria de 40%.

impeachment¹⁵¹, enquanto a economia brasileira apresentava recordes negativos em seus números¹⁵². Inobstante, a Operação Lava-Jato gozava de popularidade e seus abusos ainda não eram de conhecimento do grande público; razão pela qual, o sentimento de aversão ao sistema político e consequente punição de seus participantes, se encontrava em voga. Assim, a agregação destes fatores, cumulado com a franca campanha midiática sobre o tema¹⁵³, gerou um sentimento extremamente punitivista em nossa sociedade, tendo como principal argumento, a suposta impunidade de nosso sistema penal¹⁵⁴.

Noutro giro, a referida decisão também impactou a classe jurídica, na totalidade, e fomentou que os nomes mais célebres da doutrina nacional se debruçarem e estudassem os fundamentos e consequências da controversa decisão de nossa Suprema Corte. Exemplificativamente, o magistrado André Nicolitt¹⁵⁵ aponta que o pleno do STF acabara por “mutilar” a dimensão de limitação teleológica do Princípio da Presunção de Inocência; ressaltando o autor, a relevância na mudança de entendimento jurisprudencial das Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54.

Outro reconhecido processualista, Aury Lopes Jr., comentando o julgado em questão, aduz o seguinte:

“(...) Não pode o STF, como fez no HC 126.292 (autorizando a execução antecipada da pena), com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas [...]”¹⁵⁶

¹⁵¹ Governo Dilma tem aprovação de 10% e desaprovação de 69%, diz Ibope: Pesquisa ouviu 2.002 pessoas entre os dias 17 e 20, em 142 municípios. Segundo levantamento, pedido pela CNI, 19% veem governo como ‘regular’. G1, Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/10-aprovam-governo-dilma-e-69-desaprovam-diz-ibope.html>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁵² Economia brasileira encolhe 3,6% em 2016 com aperto do cinto das famílias: A queda foi generalizada em todos os setores da economia e consumo dos brasileiros cai há oito trimestres seguidos. El País, 07 de março de 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20\(IBGE\)](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20(IBGE)). Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁵³ Sobre o conceito e consequências da criminologia midiática, cabe destacar: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. Págs. 193 a 225.

¹⁵⁴ LIMA; LIMA. *Op. cit.* Pág. 15.

¹⁵⁵ NICOLITT, *op. cit.* Pág. 208.

¹⁵⁶ JR, *op. cit.* Pág. 38.

Ainda nesse sentido, é válido apontar que o jurista Lênio Luiz Streck fora uma das vozes mais ressonantes de crítica a decisão da Suprema Corte. Na semana do julgamento do HC 126.292, em texto para o site Consultor Jurídico¹⁵⁷, o autor levanta a inconstitucionalidade da decisão e o ativismo judicial da atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos; culminando assim, no entendimento exarado naquela oportunidade.

3.3.1. O Crescimento no número de presos no Brasil

Inicialmente, cabe apontar que segundo os dados mais recentes do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), publicados com exclusividade pelo Jornal O Globo, o número de presos no Brasil chegou, com o advento da pandemia, ao assustador número de 919.651 presos¹⁵⁸.

Neste sentido, inúmeros doutrinadores apontam que esta situação de super encarceramento é completamente injustificável e, principalmente, insustentável. Com Vera Malaguti¹⁵⁹, apreendemos a complexidade do processo carcerário em uma sociedade capitalista, sendo certo que, no desenrolar do Séc. XX, o Brasil galgou um singular papel entre os países com as maiores populações carcerárias no planeta¹⁶⁰. Em sentido semelhante, Nilo Batista¹⁶¹ aponta, ao refletir acerca de algumas saídas para o discutido problema, que a superpopulação é um dos problemas mais latentes de nossa era.

À época, era esperado que, ao menos 50 mil presos fossem diretamente afetados pela mudança de entendimento da Corte¹⁶², o que, na verdade, se mostrou um número inferior à

¹⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 04.dez. 2022.

¹⁵⁸ ABBUD, Bruno. Pandemia pode ter levado o Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos. **Jornal O Globo**, Brasília, 05 de junho de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-poder-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

¹⁵⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica À Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Págs. 99 a 115.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*. Págs. 100 e 101.

¹⁶¹ BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. Págs. 130 a 132.

¹⁶² Com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. **Revista Consultor Jurídico**, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoos-ano>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

realidade apresentada pelo CNJ, de cerca de 150 mil presos em execução provisória¹⁶³, o que, por si, já justifica a reflexão acerca da presente questão. O superencarceramento de presos provisórios, com execução provisória da pena, toma nova dimensão diante do reconhecimento da repercussão geral do Tema 1.068 da Suprema Corte que, possivelmente, incrementará o número de presos no país, dado o aumento do número de presos, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no HC 126.292/SP. Ora, qualquer medida que impacte ou onere, mesmo que diminutamente, o presente cenário carcerário nacional, que, inclusive, já fora considerado “falido” pelo Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do julgamento da ADPF 347 e RE 592.581¹⁶⁴, deve ser percebido como de primeira relevância e objeto de profunda reflexão pela comunidade jurídica brasileira.

3.3.2. O Efeito Backlash

Neste ponto, vale refletir brevemente se ocorreu o Efeito Backlash, após o julgamento do HC 126.292/SP e suas possíveis consequências. De plano, o Efeito Backlash se qualifica, *latu sensu*, como “qualquer reação adversa e indesejada de uma decisão judicial”¹⁶⁵.

A mudança jurisprudencial do Supremo sobre o tema, através do entendimento fixados nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, precedida por um intenso debate no mundo jurídico, bem como a manifestação e mobilização social, poderia, na visão de alguns teóricos¹⁶⁶, configurar este fenômeno, na medida em que se vê em profusão em nossa sociedade, o hiperpunitivismo fundado no movimento do neopopulismo penal. Além disto, são introduzidos e endossados argumentos pelo senso-comum sobre um estado geral de impunidade em nosso sistema penal e, como consequência, roga-se pelo recrudescimento da política criminal por parte do Estado, através de medidas como o superencarceramento¹⁶⁷.

¹⁶³ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 1 julho de 2022. Págs. 40 e 41.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 98.

¹⁶⁵ MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha, Itália.

¹⁶⁶ LIMA; LIMA. *Op. cit.*

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*. Pág. 15.

Assim, pelo exposto, é possível concluir que o julgamento do HC 126.292/SP, induziu uma resposta, por parte da sociedade civil e doutrina especializada, que pode ser considerada como *Backlash* à posição firmada.

3.4. O HC 152.752/PR: O Habeas Corpus do Presidente Lula

Inequivocamente, a pauta relacionada a discussão da presunção de inocência regressou em nossa Suprema Corte por advento da impetração do HC 152.752/PR pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a fim de evitar a execução provisória de sua pena, diante das condenações por lavagem de dinheiro e corrupção passiva proferidas pelo Tribunal Regional da 4ª Região¹⁶⁸. Diante de seus impactos políticos, sociais e jurídicos particulares a discussão da matéria, cabe a transcrição integral da ementa, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.

2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.

5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.

6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.

¹⁶⁸ TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pág. 137 a 146.

7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.
8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.
9. Ordem denegada.¹⁶⁹ (grifos nossos)

Contextualizando o julgado, vale apontar que o relator do caso, Ministro Edson Fachin, admitiu a tramitação do *writ* e levou a questão ao plenário do Corte, porém votou contrariamente ao pedido de *habeas corpus*, compreendendo que, no caso, a ação substituiria a impetração de Recurso Ordinário Constitucional (ROC), conforme a dicção do artigo 102, II, a da Constituição Federal. O posicionamento do Ministro foi acompanhado por outros ministros, como Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia¹⁷⁰. Contudo, inaugurando a divergência com o Relator, o Ministro Alexandre de Moraes e outros ministros, como Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes se posicionaram a favor do conhecimento do pedido¹⁷¹.

Quanto a votação, a maioria dos ministros do Supremo decidiram rejeitar o pedido da defesa, diante da iminente prisão do ex-presidente, o que resultou na permissão da execução provisória da pena exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Essa decisão foi tomada considerando o entendimento fixado no HC 126.292/SP, acerca da possibilidade e constitucionalidade da execução provisória da pena, em razão da não violação ao princípio da presunção de inocência¹⁷².

Por fim, há que se ressaltar que essa decisão teve um impacto significativo no cenário político do país, uma vez que o ex-presidente Lula era considerado um importante líder político e sua prisão gerou debates e controvérsias políticas e jurídicas. Diversos argumentos foram

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 04 de abril de 2018. Habeas corpus. Matéria criminal. Execução Provisória da pena. Impetração em substituição a Recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do stf. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes Desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa Executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso Excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*. Págs. 137 e 138.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*. Págs. 137 e 138.

¹⁷² *Idem, ibidem*. Págs. 137 a 142.

aventados durante a análise do *habeas corpus*, destacando-se, dentre os mais frequentes, a defesa da necessidade de se garantir a efetividade do sistema penal e a importância de se combater a impunidade, à luz, insta pontuar, de toda a cadeia de fundamentos apresentados no paradigmático HC 126.292/SP.

3.5. O Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54

A possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória imperou em nosso ordenamento jurídico até o ano de 2019, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que discutiam a retomada do entendimento fixado no HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau.

Preliminarmente, cabe pontuar que o objeto principal nas ADC 43 e 44 diz respeito a análise da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁷³, que dispõe acerca da necessidade de condenação criminal transitada em julgado, para a execução da pena, excetuando-se os casos de prisão preventiva e cautelar. Ainda no bojo da ADC 43, o proponente, o Partido Ecológico Nacional (PEN) aduz que o julgamento do HC 126.292/SP não teria analisado a constitucionalidade do supracitado dispositivo legal, razão pela qual, vislumbrando-se a eficácia da execução provisória da pena, imperativamente deveria ter sido suscitada, analisada e decidida¹⁷⁴. Em sentido semelhante, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a ADC 44 alegando que, apesar de a decisão da Corte no HC 126.292/SP, não pertencer ao controle concentrado de constitucionalidade e, por isto, rigorosamente, não ser dotada de eficácia *erga omnes* e força vinculante, os mais diversos Tribunais em nosso país vinham aplicando aquele entendimento; razão pela qual, mostrar-se-ia imprescindível a análise da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁷⁵. Ainda neste ponto, o Partido Comunista do Brasil impetrou a ADC 54 que possuía a mesma causa de pedir das

¹⁷³ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

¹⁷⁴ MARECO GOMES, Geralda Emilly. **A execução provisória de sentença penal condenatória e o princípio da presunção de inocência**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2020. Págs. 36 e 37.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*. Pág. 37.

supracitas ações e requeria a interpretação conforme com a constituição e a consequente decretação de constitucionalidade do dispositivo processual penal¹⁷⁶.

Desta feita, pautado pela efetividade e celeridade processual, em razão da identidade da matéria, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente as três ações e, por 6 votos a 5¹⁷⁷, declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, consignando a possibilidade de execução da sentença condenatória, apenas após o seu trânsito em julgado, ou seja, após o esgotamento de todos os recursos possíveis¹⁷⁸. Dentre os argumentos contrários aventados pelos Ministros cuja tese fora derrotada, cabe destacar a tese levantada por Luís Roberto Barroso¹⁷⁹ de que a prisão está relacionada com a ordem fundamentada exarada pelo juízo competente, e não, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já defendera em seu voto no HC 126.292/SP e a premissa levanta pelo Ministro Alexandre de Moraes de que a execução provisória da pena, pautada pelo respeito aos ditames do devido processo legal afastaria a incidência da presunção de inocência, em função da limitação da matéria nas instâncias superiores, a saber, de ordem probatória¹⁸⁰.

Noutro plano, dentre os fundamentos dos Ministros vencedores que defenderam a tese de que a execução provisória da pena feriria a presunção de inocência insculpida no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, destaca-se a posição de Ricardo Lewandowski¹⁸¹, como já argumentara em seu voto no HC 126.292/SP, acerca da taxatividade do discutido preceito constitucional que não permitiria nenhuma interpretação que gerasse prejuízos aos acusados, justamente por sua função dimensão protetiva frente ao Estado acusador. Além disto, válida também é a lição de Gilmar Mendes¹⁸² que, reformando o posicionamento até então adotado,

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*. Pág. 37.

¹⁷⁷ Os votos contrários a execução provisória da pena foram proferidos pelos Ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, ao passo que os votos favoráveis foram proferidos pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Carmen Lucia e Luiz Fux.

¹⁷⁸ MARECO GOMES, *op. cit.*, pág. 37.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 07 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 05 de jan. de 2023. Págs. 95 a 123.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade 43, 44 e 54, *op. cit.* Págs. 42 a 64.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade 43, 44 e 54, *op. cit.* Págs. 250 a 256.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 07 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 05 de jan. de 2023.

compreendeu que a presunção de inocência é uma das normas balizadoras de nosso ordenamento jurídico e que, com o advento do julgamento do HC 126.292/SP, as prisões se intensificaram e os números cresceram exponencialmente.

3.6. O Efeito “em cascata” da mudança de entendimento

Como era de se esperar, a mudança de entendimento da Suprema Corte impactou sensivelmente a realidade jurídica brasileira. Ainda no ano de 2020, logo após o julgamento das ADC, o Ministro João Otávio de Noronha do STJ julgou os HC 554183 e o HC 554161 e imprimiu interpretação conforme ao posicionamento do STF, na linha do que já vinha decidindo a Quinta Turma do STJ acerca da impossibilidade da execução provisória da pena. Este fato, *per se*, poderia representar uma espécie de confluência sistêmica na aplicação do precedente firmado por nossa Corte Suprema, ou seja, a declaração, mesmo que simbólica, de que a execução provisória da pena é incompatível com a Constituição Federal, tratados sobre o tema e leis específicas, como o Código de Processo Penal. Não obstante, uma análise mais detida da jurisprudência pátria aponta que é possível verificar um efeito em “cascata”, desde o julgamento das ADC, visto que, em sua maioria, os Tribunais passaram a aplicar o entendimento sedimentado¹⁸³.

No entanto, recentemente, o STF reconheceu a repercussão geral do Tema 1.068, referente ao RE 1.235.340/SC¹⁸⁴ que almeja a fixação da seguinte tese: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo

¹⁸³ Exemplificativamente, cabe destacar: TRF-4 - HC: 50432741320194040000 5043274-13.2019.4.04.0000, Relator: CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, Data de Julgamento: 10/12/2019, SÉTIMA TURMA; TJ-MG. ED nº 10145170168739002 MG, Relator: Maurício Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 05/03/2020, Data de Publicação: 09/03/2020; TJ-SC. ED: 00027852620198240033 Itajaí 0002785-26.2019.8.24.0033, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 28/11/2019, Quinta Câmara Criminal; TJ-RS. RE: 70082547936, BUTIÁ, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 10/02/2020, Segunda Vice-Presidência; TJ-MG. HC nº 11158175820238130000, Relator: Des.(a) Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 06/06/2023, 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/06/2023; TJ-PR. HC nº 00244351720238160000 Pato Branco, Relator: João Domingos K, Data de Julgamento: 03/06/2023, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/06/2023.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC. Direito constitucional penal. Recurso extraordinário. Femicídio e posse ilegal de arma de fogo. Condenação pelo tribunal do júri. Soberania dos veredictos. Constitucionalidade da execução imediata da pena. Recurso extraordinário provido. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, publicado em 04/05/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf. Acesso em: 03.dez.2022

de jurados, independentemente do total da pena aplicada". Este elemento, dada a sua relevância, será abordado em momento posterior do trabalho.

4. AS NORMAS EM CONFLITO: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VS. EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Como restou latente ao longo de toda exposição, toda a celeuma jurídica gira em torno da discussão entre duas normas jurídicas, a saber, a presunção de inocência e a efetividade do sistema penal. Em que pese o tratamento oferecido por nossos Tribunais e Cortes Superiores à matéria, deve-se, antes mesmo de discutir a situação de conflito, refletir e conceituá-las, a fim de que as conclusões obtidas reflitam, fundamentadamente, a relevância e dimensão da norma que prevaleça, caso o embate se mostre possível.

4.1. A Efetividade da Lei Penal

Sobre o tema, é imperioso destacar, preliminarmente, a conceituação sobre esta espécie normativa no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP¹⁸⁵. Primeiramente, o jurista aponta que a efetividade está atrelada ao fomento dos objetivos preventivos geral e específico do sistema penal¹⁸⁶, bem como na busca de salvaguardar bens jurídicos constitucionalmente garantidos, como a integridade física, vida e dignidade humana. Por outro lado, também haveria vinculação ao princípio da razoável duração do processo e segurança pública, inculpidos, respectivamente, nos artigos 5º, LXXVIII¹⁸⁷ e 144¹⁸⁸ da Constituição Federal, na medida em que a finalidade última seria a de conferir efetividade e credibilidade ao sistema punitivo¹⁸⁹. Ou seja, em síntese, trata-se do fomento ao papel simbólico exercido pelo poder punitivo Estatal em punir os sujeitos que delinquem, sob a premissa de reduzir a

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, *op. cit.*

¹⁸⁶ Neste ponto, Barroso aponta que a prevenção especial se verificaria no desincentivo à reiteração da prática criminosa pelo sujeito delinquente e a prevenção geral, no desestímulo à prática de atos delituosos por todos os sujeitos inseridos na sociedade.

¹⁸⁷ 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: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁸⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 40.

impunidade, através da aplicação da lei penal. Ora, por certo, traça-se uma correlação entre o número de indivíduos efetivamente julgados e condenados e o “sucesso” do modelo penal; noção esta, extremamente delicada e aparentemente conflitante com os preceitos constitucionais de nossa Carta Magna.

Conceitualmente, é possível compreender que, de fato, a efetividade da lei penal está conectada à noção de duração razoável do processo, disposta no artigo 5º, LXXVIII, de nossa Constituição Federal. Trata-se de um mecanismo que visa coibir a demora e lentidão, típicos de nosso sistema judiciário que, em muitas circunstâncias, chega ao extremo de culminar na prescrição do direito da parte interessada; quanto ao processo penal, especificamente, sua consequência específica seria a prescrição da pretensão punitiva estatal. Sobre este ponto, vale destacar a balizada opinião de Aury Lopes Junior, no sentido de que a questão a ser enfrentada é a demora da tutela jurisdicional do Estado que, em nenhuma medida, será resolvida pela restrição à presunção de inocência imposta pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a demanda exacerbada por decisões da Corte Superior continuará a existir, diante da disfuncionalidade das jurisdições de primeiro e segundo grau e a hipertrofia das competências do Supremo¹⁹⁰.

Por outro lado, nota-se, igualmente, uma estreita relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição presente no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, em que é possível depreender, como função precípua do Poder Judiciário, o oferecimento de uma resposta definitiva, através de uma sentença resolutiva de mérito. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, corresponde a uma prerrogativa que visa “(...) viabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneos”¹⁹¹.

É possível cogitar a aplicabilidade do princípio da efetividade em outros ramos jurídicos em nosso ordenamento, como se vê na vedação ao *non liquet*, busca pela duração razoável do processo, e busca pela sentença de mérito, inseridos, respectivamente, nos artigos 3º, 4º e 6º do Novo Código de Processo Civil. Na lógica da processualística cível, vê-se plenamente possível “parametrizar” a efetividade das decisões judiciais, através de elementos quantitativos, como

¹⁹⁰ JR., *op. cit.* Pág. 270.

¹⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 629.

os números de sentenças arbitrais homologadas, casos em que se obteve a conciliação ou mediação da lide etc. Contudo, é de se destacar que a aplicação da efetividade no sistema penal deve seguir uma lógica diferente, ao passo que parâmetros estatísticos, como o montante de sentenças condenatórias e o total da população carcerária apontam para o fenômeno punitivo, sem questionar sobre a correção da política penal aplicada. Ou seja, prescinde-se da análise de seu elemento mais relevante, pois se limita a análise simplista e vinculada ao senso-comum entre o encarceramento, o êxito e efetividade do sistema penal e, por consequência, o sucesso do modelo punitivo.

4.2. A Presunção de Inocência

Cabe ressaltar que, antes mesmo de sua discussão pelo viés constitucional positivo ou das normas cosmopolitas sobre o tema, a Presunção de Inocência gozaria de um *status* de direito humano universal. Através da ótica introduzida por Norberto Bobbio¹⁹², tal fato se justificaria, em razão de suas características atuais, comparadas com o seu desenvolvimento histórico: em três etapas de evolução, esta espécie normativa surgiria como um direito natural universal, progrediria ao *status* de direito positivo particular e, em última instância, galgaria a envergadura de direito positivo universal.

Em seguida, é certa a influência das normas internacionais na discussão da matéria¹⁹³. A Declaração Universal de Direitos Humanos, que possui, desde a sua adoção, em 10 de dezembro de 1948, o Brasil como signatário¹⁹⁴, dispõe em seu art.11.1:

“(…) Artigo 11º: 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso **presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público** em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.
(grifos nossos)

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Págs. 18 e 19.

¹⁹³ SILVA, Guilherme Felipe Ribeiro Gomes; OLIVEIRA, Nathália Alves de; DIAS, Eliotério Fachin. **Tratados Internacionais e o Princípio Da Presunção Da Inocência: Uma Reflexão Sobre Suas Influências no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Anais da 4ª Mostra Científica 2018, v. 5 n. 7 (2018): Suplemento Especial - UEMS, Dourados/MS. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3083/2393>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

¹⁹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Págs. 1.233 a 1.239. Edição Digital.

Além disto, o Pacto de São José da Costa Rica, positivado em nosso ordenamento pátrio, através do Decreto 678¹⁹⁵ de 06 de novembro de 1992, preceitua em seu art. 8.2 que:

“(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que **se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) **direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior**”. (grifos nossos)

Pelo exposto, é patente a envergadura da norma em colisão, uma vez que, além de sua clara dimensão constitucional, que será abordada a seguir, vê-se sua indelével importância no plano normativo internacional. Por certo, este fato possui um valor *sui generis* na realidade brasileira, visto que, todos os tratados discutidos foram positivados em nosso sistema jurídico e passam, por isso, a gozar de força normativa¹⁹⁶.

No que concerne a discussão constitucional, vale apontar, de plano, que a Presunção de Inocência está positivada em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, LVII¹⁹⁷. Sobre esta dimensão, o professor Marcelo Novelino¹⁹⁸ explica que este princípio visa garantir o devido processo legal, ao salvaguardar o sujeito, contra decisões abusivas e autoritárias da autoridade judicial. Em sentido complementar, ainda no ano de 2009, Nagib Slaib Filho¹⁹⁹ já interpretava que o princípio inserido disposição constitucional em tela induz a noção de sua pronta aplicação e eficácia plena, sendo certo a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, para a execução da pena.

¹⁹⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Dispõe sobre a promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 de maio de 2022.

¹⁹⁶ Neste ponto, cabe apenas pontuar que, como são tratados sobre direitos humanos que não seguiram o rito de incorporação insculpido no art. 5º, §3º da Constituição, trata-se de normas de caráter supralegal, conforme precedente firmado no julgamento do RE 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁷ 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

¹⁹⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed., revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2021. Págs. 482 a 487.

¹⁹⁹ FILHO, Nagib S. **Direito Constitucional**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-3813-0. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3813-0/>. Acesso em: 04 dez. 2022. Págs. 339 e 340.

Trazendo à baila outro aspecto da discussão constitucional, em seu voto vencido no Habeas Corpus 126.292/SP, o Ministro Ricardo Lewandowski introduz um dos aspectos mais relevantes da presente discussão: a Presunção de Inocência faria parte do rol de direitos dispostos no art.60, §4º da Constituição Federal, sendo, portanto, considerado como Cláusula Pétrea? À par desta questão, vale transcrever um pequeno trecho do voto de Lewandowski, em que o jurista reflete acerca deste ponto:

“[...] E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, **uma verdadeira cláusula pétrea**. Então isto, com todo o respeito, data vênua, me causa a maior estranheza [...].”²⁰⁰ (grifos nossos).

Ora, salvo melhor juízo, o entendimento do Magistrado procede-se mediante interpretação conforme à nossa Carta Magna. Neste sentido, sabendo que o art.60, §4º, CRFB/1988 preceitua que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de mudança legislativa, nomes célebres da doutrina constitucional pátria, como Bernardo Gonçalves Fernandes²⁰¹ e Lênio Luiz Streck²⁰², entendem que a Presunção de Inocência se qualifica como Cláusula Pétrea; sendo, portanto, impossível qualquer posição que vise impossibilitar a sua aplicação.

5. AS INTERSECÇÕES ENTRE O JULGADO E A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Empreendidos os esclarecimentos acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, a contextualização e reflexão acerca do julgamento do HC 126.292/SP e a apresentação das normas em conflito, passa-se, então, a empreender a análise comparativa e interrelacional entre todos estes elementos. Para isto, inicialmente, busca-se compreender a natureza jurídica das normas em conflito, através dos estudos apresentados por Robert Alexy.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, *op. cit.* Pág. 98.

²⁰¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. Págs. 672 a 674.

²⁰² STRECK, Lênio. Os cinco argumentos em favor da presunção de inocência. **Prerô**, publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/os-cinco-argumentos-em-favor-da-presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 04.dez.2022.

5.1. A Natureza Jurídica das Normas em Conflito, segundo a teoria de Robert Alexy

Em brevíssima síntese, cabe lembrar que o autor compreende os princípios, como mandamentos de otimização, na medida em que sua aplicação não será absoluta, uma vez que estão limitadas pelas circunstâncias jurídicas e fáticas existentes no caso concreto²⁰³. Por outro lado, as regras são normas cuja natureza comporta apenas a sua satisfação ou não satisfação, pois, caso não seja reconhecida uma cláusula de exceção, ocorrerá, necessariamente, o reconhecimento da invalidade da regra sucumbente; ou seja, além de ser impossível a aplicação da ponderação racional entre regras, é igualmente inconcebível o reconhecimento da validade entre duas regras conflitantes.

Em relação à norma insculpida na efetividade da lei penal, é possível compreendê-la como um princípio sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, na medida que é possível sua relativização e sopesamento com outras normas fundamentais. Nesse sentido, é possível cogitá-la, como uma espécie de norma norteadora da função jurisdicional, já que, como visto anteriormente, o grande objetivo do Estado-juiz é ser eficaz e efetivo, através do fornecimento de uma sentença definitiva de mérito, no menor tempo possível. Entretanto, é importante consignar que em situações de conflito, não é possível conceber, em suma, qualquer tese que culmine em sua invalidação, diante das circunstâncias em concreto. Pelo contrário. Justamente por ser um mandado de otimização, a efetividade do sistema penal deve ser aplicada na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas do caso concreto. Contudo, em hipóteses como a presente no HC 126.292/SP, verifica-se que não é possível imaginá-la como um valor absoluto, sob pena de culminar na função meramente simbólica da sanção penal²⁰⁴; não esta, vale ressaltar, incompatível com o Estado Democrático de Direito insculpida em nossa Constituição Federal de 1988.

²⁰³ ALEXY, op. cit., pág. 90.

²⁰⁴ Trata-se do modelo do funcionalismo-sistêmico defendido por Gunter Jakobs, cujo “verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social”. (BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 08 jun. 2023. Pág. 64). Nessa linha, verifica-se que o Direito Penal possuiria uma função simbólica de repressão do delito, culminando na hipertrofia do poder de punir do Estado.

Por outro lado, a norma encampada no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal seria uma regra que consagraria a presunção de inocência²⁰⁵, na medida em que o enunciado normativo extraído da norma impossibilitaria a sua aplicação modulada diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Explico: o conceito de trânsito em julgado, é fruto de séculos de desenvolvimento teórico, doutrinário e jurisprudencial e o seu sentido sempre fora consensual nos mais diversos ordenamentos jurídicos²⁰⁶. Seu conteúdo é objetivo e inquestionável, já que estabelece a clara ideia de que a pena apenas poderá ser cumprida, após o esgotamento total da possibilidade de todos os recursos, por todos os sujeitos interessados²⁰⁷. Ou seja, a execução definitiva da pena está atrelada a uma sentença irrecorrível e imutável²⁰⁸ que, por isto, confira ao poder punitivo o juízo mínimo de certeza, quanto a correção da condenação. Eis que, pelo exposto, não cabe que o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se a sua posição de guardião da Constituição, subverta o consenso histórico e doutrinário acerca da conceituação do trânsito em julgado, sob o pretexto de combate à impunidade e promoção da efetividade do sistema penal. Ora, simplesmente não há “espaço hermenêutico” que possibilite a interpretação conferida pela Corte; razão pela qual, inequivocamente, conclui-se estar diante de uma regra pela lógica estabelecida pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

5.2. O Princípio da Proporcionalidade e a “Ponderação” realizada: Reflexões Críticas

No caso do HC 126.292/SP, portanto, a Corte esteve diante de uma situação de conflito entre um princípio, a efetividade da lei penal, e uma regra, a presunção de inocência. Com o intuito de solucionar o conflito, apresentam-se três viéses possibilidades de equacionamento, a saber, as saídas oferecidas por Humberto Ávila, Robert Alexy e Guilherme Sangalli Sandri.

Primeiramente, como visto, Ávila concebe a possibilidade de embate, visto que, para si, o critério de resolução a ser utilizado é em razão da hierarquia, e não, da espécie normativa,

²⁰⁵ SANDRI, *op. cit.*, pág. 81.

²⁰⁶ LOPES JR, *op. cit.* Pág. 43.

²⁰⁷ Aliás, esta noção está enraizada em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1957, quando a Lei 3.238 conferiu o seguinte texto ao art. 6º, §3º da LINDB (antiga LICC): Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...) § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

²⁰⁸ Ressalvada a hipótese de Ação Rescisória e Revisão Criminal que, por sua natureza, rediscute a coisa em julgado, diante de matérias de suma importância.

propriamente dita²⁰⁹. No caso em tela, temos que a efetividade do sistema penal possui estatura constitucional, constatada o seu multifacetado conteúdo insculpido nos artigos 5º, XXXV e LXXVIII e 144 da Constituição Federal. Igualmente, depreendemos que a presunção de inocência também goza de status constitucional, haja vista a sua previsão no art. 5º, LVII. Em seguida, seguindo a lição do professor, caso as normas se situem em uma mesma hierarquia, a regra, por sua natureza, deve prevalecer²¹⁰; o que, no caso em tela, significa que o princípio da efetividade da lei penal sucumbiria diante da regra da presunção de inocência.

Diversamente de Ávila, Robert Alexy defende uma precedência normativa de regras, em face de princípios²¹¹, como já ressaltado. Como exceção, temos a hipótese em que as razões que fundamentem o princípio em embate sejam de tal monta, que seja necessário o afastamento do princípio da vinculação literal à Constituição²¹². Por todo o exposto no presente trabalho, é possível inferir que não haveria nenhum elemento que seja possível suscitar, seja de ordem material ou fática que justificasse a prevalência da efetividade da lei penal, frente a presunção de inocência. Seja por sua dimensão de norma probatória, como norma de dever de tratamento ou, como regra de julgamento²¹³, a regra constitucional possui aplicabilidade absoluta, excetuada nas hipóteses consagradas pela doutrina e jurisprudência, de prisões processuais e pelo trânsito em julgado da sentença condenatória.

Noutro plano, utilizando da Teoria de Alexy, Guilherme Sandri²¹⁴ aponta que, mesmo se na circunstância fática, haja elementos que justifiquem a prevalência de um princípio na hipótese de conflito com uma regra, se estaria diante do conflito efetivo de um princípio e o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição; razão pela qual, tecnicamente, não haveria a possibilidade de ocorrência de conflito entre uma regra e um princípio jurídico.

²⁰⁹ ÁVILA, *op. cit.*, pág. 85.

²¹⁰ *Idem, ibidem*. Pág. 85.

²¹¹ *Idem, ibidem*, Pág. 140

²¹² *Idem, ibidem*, pág. 141.

²¹³ PINTO, Felipe Martins (organizador). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. Pág. 228 apud MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a judicial. Rio de Janeiro, *Lúmen Juris*, 2010, p. 424/476.

²¹⁴ SANDRI, *op. cit.*, pág. 80.

Pelo exposto, diante das três perspectivas, a solução é a mesma: a impossibilidade de conflito entre um princípio com uma regra, ou a prevalência inequívoca da segunda espécie normativa.

A partir deste dado, questiona-se se, de fato, o Supremo Tribunal Federal estava diante de um caso em era possível aplicar o método da ponderação racional de Alexy e, em caso afirmativo, se o método fora corretamente aplicado. Como visto, a ponderação racional é a última etapa do sopesamento e é exclusivamente utilizada na hipótese de conflito entre princípios, em razão da necessidade de se determinar o grau de satisfação ou afetação da norma, ou seja, a determinação da relevância sistêmica do princípio “vencedor” e, por fim, a análise da prevalência do princípio, em face da não satisfação do princípio sucumbente²¹⁵. Por certo, a resposta deve ser categórica no sentido de impossibilidade de sopesamento entre a presunção de inocência e efetividade do sistema penal, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, em razão da inequívoca diferença normativa entre elas.

Por outro lado, é certo que a Suprema Corte, além de ter “aplicado” o método em uma situação incompatível, não empreende nenhuma menção aos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²¹⁶, que justificassem o sacrifício da presunção de inocência em face da efetividade da lei penal. Ora, este fato, por si, implica a inafastável conclusão de que a Teoria de Alexy, apesar de suscitada, não fora ao menos concebida em sua totalidade, pois a fundamentação referente aos subprincípios é um elemento imprescindível da metodologia concebida pelo professor alemão. Neste ponto, é válida a reflexão de Guilherme Sandri:

“[...] 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. Ou seja, não se utiliza qualquer critério para se obter a interpretação vencedora no HC em análise”²¹⁷.

²¹⁵ ALEXY, op. cit., pág. 594.

²¹⁶ GAVIÃO FILHO, op. cit., pág. 274 a 284.

²¹⁷ SANDRI, op. cit., pág. 82.

Por derradeiro, cabe ainda destacar que a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo, assim como concebida por Alexy, visa coibir a atuação exorbitante e impertinente dos poderes públicos, através dos postulados da vedação ao excesso e proteção insuficiente dos direitos fundamentais²¹⁸. Pela análise do teor da fundamentação empreendida pelos Ministros no julgado paradigmático, é possível conceber que ocorreu atuação excessiva pela Suprema Corte, pois fora restringida, indevidamente, o âmbito de incidência e proteção da norma da presunção de inocência; norma esta, como visto exaustivamente, extremamente relevante para a salvaguarda dos direitos do acusado em nosso sistema persecutório penal.

Destarte, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da HC 126.292/SP é eivada de ativismo²¹⁹, uma vez que, ultrapassados os limites hermenêuticos possíveis, a decisão culmina na subversão de uma norma tão cara em nosso sistema jurídico, como é a presunção de inocência. Nesse sentido, é possível inferir que a ação é paradigmática quanto a inadequada a recepção da Teoria de Robert Alexy pela Corte Suprema, restando patente que a sua aplicação pelo é um mecanismo de viabilizar abusos e arbitrariedades²²⁰. Trata-se, salvo melhor juízo, de mero subterfúgio dogmático, para expressar a opinião pessoal de alguns Ministros sobre temas extremamente sensíveis; o que, por certo, não se coaduna com o dever primário de devida fundamentação das decisões judiciais, que se espera dos Magistrados; especialmente, de Ministros da Suprema Corte, cuja atuação vincula todo o nosso sistema jurídico.

6. A PERSPECTIVA FUTURA: O TEMA 1.068 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO

Diante de todo o exposto, a discussão acerca da possibilidade da execução provisória da pena e a sua conseqüente limitação em face da presunção de inocência adquiriu novos contornos diante do reconhecimento da Repercussão Geral do Tema 1068 pela Suprema Corte. Calcado na noção da soberania dos veredictos proferidos pelo plenário do Tribunal do Júri, insculpida

²¹⁸ NOVELINO, *op. cit.*, pág. 342.

²¹⁹ ACONJURPR. O motim hermenêutico segundo Lênio Streck. **ACONJURPR**, Curitiba, 15 mar. 2022. Disponível em: <http://www.aconjurpr.com.br/noticias/o-motim-hermeneutico-segundo-lenio-streck/>. Acesso em: 8 jun. 2023.

²²⁰ MORAIS, *op. cit.* Pág. 259 a 269.

no art. 5º, inciso XVIII, alínea c da Constituição Federal, discute-se a possibilidade de execução provisória da sentença proferida pelo Conselho de Sentença.

De plano, cabe consignar que a análise do Tema de Repercussão Geral n.º 1.068 do Supremo Tribunal Federal, em grande medida, justifica a importância da realização da presente pesquisa, porquanto, à luz dos fundamentos aventados no HC 126.292/SP, fornece importante alerta sobre a motivação dos votos de alguns Ministros. Como visto no desfecho do último capítulo, a Teoria de Robert Alexy sobre o conflito de normas fundamentais é, por regra, manipulada tendenciosamente, com o objetivo de conferir credibilidade e embasamento teórico as decisões dos Ministros. Todavia, tais elementos não subsistem, diante da análise criteriosa do método e sua aplicação, contrastadas com as conclusões obtidas pelos Ministros. Sob esta ótica, é possível cogitar que o julgamento das ADC n.º 43, 44 e 54 e a fixação de novo entendimento pela Corte, conflitou, frontalmente, com os interesses e visões pessoais de alguns membros da Suprema Corte que mantêm, à longo prazo, posicionamentos assertivos quanto a possibilidade de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com efeito, é indiscutível que estamos presenciando o fenômeno da ressurgência do tema, apresentado sob nova roupagem. No entanto, novamente, inexiste a fundamentação teórica apta a sustentá-la, pois, diante das premissas estabelecidas pela Teoria de Alexy, percebe-se que o posicionamento aventado no Tema 1068 destoa das bases legais e jurisprudenciais de nosso país e, o mais grave, leva a conclusões em desacordo com os princípios insculpidos em nossa Constituição.

Nesse sentido, cabe ainda consignar que o Tema 1.068 não apresenta nenhum contorno inédito e exprime, com exatidão, a mesma tensão normativa, que fora exaustivamente debatida no bojo do *habeas corpus* e abordado no transcorrer do presente trabalho: o conflito entre a presunção de inocência e a efetividade do sistema penal. Eis que, diante do iminente panorama que se avizinha, faz-se mister a sua abordagem, mesmo que concisa. Tal necessidade decorre da constatação de que a fundamentação jurídica apresentada pelos Ministros guarda inegável semelhança com o conteúdo do HC 126.292/SP; especificamente diante de nova evocação ao método da ponderação racional de Alexy e a consequente solução apresentada.

Ademais, caberá, por fim, empreender uma brevíssima digressão acerca das características e consequências das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, considerando a iminente superação de tese firmada em Ação Direta de Constitucionalidade²²¹, por meio de um julgamento de um Recurso Extraordinário, que representa o *leading case* do Tema 1068. Embora este debate se distancie, parcialmente, do objeto principal da pesquisa, sua abordagem se justifica diante da sistemática constitucional das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente, quanto a segurança jurídica esperada e almejada após a emissão de seus veredictos.

6.1. A Fundamentação dos Ministros

Até a presente data, foram proferidos apenas três votos referentes ao Tema 1068 do Supremo Tribunal Federal, referentes as posições dos Ministros Luís Roberto Barroso, relator do caso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Na manifestação do relator, há, primeiramente, a menção ao caso paradigmático, em que:

“[...] o recorrido foi condenado a uma pena de 26 anos e 8 meses de reclusão e de 1 ano de detenção, em regime fechado, pelos crimes de feminicídio duplamente qualificado e posse de arma de fogo. O réu cometeu o crime no apartamento da vítima, na presença das suas duas filhas, uma com 14 e outra com 2 anos de idade”.²²²

Nesse sentido, Barroso compreende que a execução imediata da pena, após a condenação no Tribunal do Júri, não afronta a presunção de inocência e, ademais, estaria inserida no entendimento da Suprema Corte sobre o assunto. Em seguida, vale ressaltar que Barroso compreende que o posicionamento firmado na Corte no julgamento das ADC 43, 44 e 54, acerca da impossibilidade de execução provisória da pena, por afronta a presunção de inocência e a decorrente constitucionalidade no artigo 283 do Código de Processo Penal, não impediria o imediato cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal do Júri²²³. Ademais, o Ministro insiste nos argumentos apresentados no bojo de seu voto no HC 126.292/SP, em que a presunção de

²²¹ A saber, acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

²²² Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 1.068. Brasília, 04 de out. de 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf. Acesso em: 07 jun. de 2023.

²²³ Ora, salvo melhor juízo, cabe pontuar que não é porque a matéria é afeita ao rito particular do Tribunal do Júri, que se cogita afastar a cláusula geral inserida no artigo 283 do CPP. Pelo Contrário. O posicionamento firmado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade ainda é válido e eficaz, pois não há nenhuma causa relevante que justifique o *distinguishing* com o caso da execução provisória no Tribunal do Júri.

inocência se qualificaria como um princípio e que, por isto, não haveria óbice a sua ponderação e consequente limitação, diante de outros princípios relevantes²²⁴. Em seguida, cabe ressaltar que Luís Roberto traz novamente à baila argumentos de ordem consequencialista, argumentando que a revisão de decisões exaradas pelo Conselho de Sentença é estatisticamente irrelevante; razão pela qual seria possível a execução provisória da sentença nestas hipóteses. Também são ventilados argumentos de ordem moral, na medida em que o Ministro aponta que ofenderiam os sentimentos básicos de justiça, liberar o homicida, após a sua condenação pelo Conselho de Sentença.

O Ministro Dias Toffoli, seguindo o posicionamento apresentado por Barroso, inicia seu voto realizando o *distinguishing* com a matéria discutida nas ADC 43, 44 e 54 e assim, compreendendo a possibilidade de execução imediata das sentenças do Tribunal do Júri²²⁵. Nesse sentido, aponta que o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Juri insculpido no artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal não afrontaria a presunção de inocência, uma vez que não seria hipótese de aplicação do duplo grau de jurisdição.

Gilmar Mendes²²⁶, por outro lado, proferiu voto substancioso contra a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação no Tribunal do Juri. Em sua fundamentação, Mendes refletiu acerca da relevância do Tribunal do Juri para o processo penal democrático brasileiro e sobre a possibilidade de apresentar a apelação sobre a condenação, como a manifestação do direito de recorrer. Em seguida, citando expressamente o seu voto proferido no julgamento das ADC 43, 44 e 54, reconhece a presunção de inocência como um dos princípios norteadores de toda a processualística penal e, por derradeiro, votou pela fixação da seguinte tese:

“A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao condenado (art. 8.2.h) vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 1.068. *Op. cit.* Pág. 21.

²²⁵ Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 1.068. Brasília, 04 de out. de 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/3B60BF1654018B_vototoffoli.pdf. Acesso em: 08 jun. de 2023.

²²⁶ VALENTE, Fernanda. Presunção de Inocência. Leia o voto de Gilmar Mendes contra prisão após condenação pelo Tribunal do Júri. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/leia-voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao-juri>. Voto em pdf em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

motivadamente, nos termos do art. 312 CPP, pelo Juiz-Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.”²²⁷

6.2. É possível a rediscussão de matéria sedimentada em controle concentrado de constitucionalidade?

Como dito anteriormente, a breve abordagem deste tópico se justifica diante da estabilidade pretendida nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Em linhas gerais, o controle concentrado de constitucionalidade qualifica-se como o método repressivo, pelo qual se verifica a compatibilidade de leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, com a nossa Carta Magna. Nesse sentido, vale apontar que seu objetivo maior é expelir do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Constituição e sua apreciação independe de um caso concreto, razão pela qual, também é conhecida como controle abstrato de constitucionalidade²²⁸. Além disto, em razão de seu papel como “guardião da Constituição”, as ações de controle concentrado são de competência exclusiva e originária do Supremo Tribunal Federal, conforme a inteligência do artigo 102, Caput da Constituição Federal. É imprescindível apontar que nas ações do controle concentrado, o Supremo atua como legislador negativo, na medida em que, pautado pela Separação de Poderes e pelo sistema de “pesos e contrapesos”, configuraria uma usurpação de competência constitucionalmente prevista, a apropriação das prerrogativas do Poder Legislativo de criar leis ou atos normativos primários²²⁹.

Em relação a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, trata-se de mecanismo previsto no artigo 102, inciso I, alínea a e nos artigos 13 a 21 da Lei 9.868/99, que visa ratificar a presunção relativa de constitucionalidade²³⁰ que gozam as normas editadas segundos os ditames legais e constitucionais pelo Poder Legislativo. Um dos requisitos imprescindíveis para a sua propositura é a existência de controvérsia jurídica relevante sobre a aplicação da disposição constitucional, conforme prevê o artigo 14, inciso III da Lei 9868/99. Como controvérsia

²²⁷ VALENTE, *op. cit.*, pág. 25.

²²⁸ BULOS, *op. cit.*, pág. 235 a 238.

²²⁹ *Idem, ibidem*. Pág. 237.

²³⁰ MENDES, *op. cit.*, pág. 666.

judicial relevante, Gilmar Mendes entende que não se trata de mera divergência doutrinária, sendo necessário o transcurso mínimo de tempo que permita a ocorrência de decisões judiciais conflituosas sobre um dado tema²³¹.

Estabelecidos estes pressupostos elementares, cabe consignar que no tocante as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina aponta para a sua eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc* e vinculantes²³², ou seja, são aplicadas, indistintamente, a todos e não retroagem, culminando na decretação de nulidade do ato normativo desde a sua elaboração ou promulgação²³³. Nesse sentido, a partir da análise do Parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, é possível depreender que o precedente vincula todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta. Em reflexão quanto a possibilidade de modificação do entendimento pela Suprema Corte, em ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade, Marcelo Novelino aponta que:

“[...] Em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, o dever de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente impõe aos seus membros e órgãos fracionários a obrigatória observância não apenas do dispositivo, mas também das regras adotadas como fundamento de julgados anteriores sobre o mesmo tema (CPC/2015, art. 926). A superação de precedentes, embora possível - e, em certos casos, até desejável -, somente pode ser realizada pelo plenário e após ampla deliberação do colegiado sobre as razões e contrarrazões justificadoras da evolução jurisprudencial (CPC/2015, art. 927, § 3º). Nesse sentido, o entendimento adotado no precedente pode ser posteriormente revisado pelo Pleno, mas deve ser observado nas decisões monocráticas e das turmas”.²³⁴

Ou seja, a decisão proferida em sede de controle concentrado não é imutável, porém está sujeita a deliberação do Plenário, em razão da incidência da cláusula de reserva, e deve apresentar fundamentação suficiente que justifique a superação do precedente. No caso em tela, portanto, não basta o singelo julgamento do Tema Repetitivo, uma vez que, diante do caráter vinculante do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, deve-se trazer à baila novamente, os fundamentos levantados pelo Ministros, especialmente quanto a (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, a prevalência da presunção

²³¹ *Idem, ibidem*, págs. 666 e 667.

²³² NOVELINO, op. cit., págs. 207 a 209.

²³³ Como exceção, há a possibilidade de modulação temporal de efeitos prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99 que, para efeitos do presente trabalho, não será esmiuçada.

²³⁴ NOVELINO, op. cit., pág. 241.

de inocência sobre a efetividade da lei penal e a (im)possibilidade da execução provisória da pena.

Por derradeiro, cabe ainda destacar que no reconhecimento da repercussão geral do Tema 1068, temos, como julgado paradigmático, um Recurso Extraordinário que, historicamente, sempre teve reconhecida a sua eficácia subjetiva, ou seja, restrita as partes da demanda. Em que pesem os apelos doutrinários²³⁵ acerca do volume de causas submetidas a apreciação do Supremo Tribunal Federal, reconhecer e endossar o fenômeno da objetivação dos Recursos Extraordinários²³⁶ importa na subversão da lógica do controle de constitucionalidade positivada em nosso ordenamento e possibilita que, com isto, decisões incompatíveis com a nossa Carta Magna, como a que possibilita a execução provisória das sentenças proferidas no Tribunal do Júri, encampada no Tema 1068 de repercussão geral, sejam possibilitadas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise do uso indiscriminado da Teoria de Alexy sobre a resolução de conflitos entre normas de direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, através da seleção do paradigmático caso do HC 126.292/SP, uma reflexão acerca da falta de fundamentos teóricos e jurídicos em decisões sobre normas de direitos fundamentais, através do ativismo desmedido e decisionismo empreendido por alguns membros da Corte.

De modo geral, verificou-se que os Ministros aplicaram o método da ponderação racional de princípios, em circunstâncias não autoritativas, segundo a Teoria de Alexy, como, no caso retratado, para solucionar conflitos entre princípios e regras; a qual, consoante o próprio autor, estabelece critérios próprios e diferenciados. Sob o pretexto de conferir credibilidade a decisão que, por si, é arbitrária, os juristas buscam aplicar o método desenvolvido pelo jurista alemão, indiscriminadamente; o que, como consequência, leva a decisões discrepantes com a nossa Carta Magna, como a proferida no HC 126.292/SP.

²³⁵ MENDES, *op. cit.*, pág. 542.

²³⁶ *Idem, ibidem*, pág. 541.

Assim, com o intuito de possibilitar a aplicação devida do método pelo Supremo, faz-se mister uma análise mais detida e criteriosa por parte dos juristas. Apesar de ter sido desenvolvida sob a ótica do Tribunal Constitucional Alemão, como visto, a Teoria de Alexy transcendeu este status e galgou reconhecimento internacional e aplicabilidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Todavia, o rigor metodológico deve ser empregado, com o fito de solucionar questões complexas sobre normas de direitos fundamentais, como rotineiro do ofício de nossa Suprema Corte.

Através da minuciosa pesquisa bibliográfica em artigos, livros, periódicos e jurisprudência, foi possível depreender alguns elementos. Primeiramente, vemos que o método de ponderação desenvolvido por Alexy é extremamente minucioso e criterioso, devendo ser utilizado com parcimônia e apenas nas situações em que se vislumbre conflitos entre princípios fundamentais. Em seguida, percebeu-se que há um certo consenso doutrinário no equívoco da Corte Suprema no julgamento do HC 126.292/SP, tanto nas áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Penal. Por derradeiro, é notável a preocupação com o uso de elementos jurídicos não fundamentados pelo STF, principalmente, diante do iminente retrocesso com o julgamento do Tema 1068 de Repercussão Geral.

Compreendida a relevância do tema, vê-se necessário a continuação do desenvolvimento teórico e pesquisa acerca do método da ponderação racional para a solução de conflitos entre princípios fundamentais e a sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, como visto, já se verificou a sua incorporação definitiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, buscou-se refletir acerca dos parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal, com o fito de fomentar a análise crítica da incorporação indevida da Teoria desenvolvida por Robert Alexy na jurisprudência de nossa Suprema Corte.

8. BIBLIOGRAFIA

ABBUD, Bruno. Pandemia pode ter levado o Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos. *Jornal O Globo*, Brasília, 05 de junho de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

ACONJURPR. O motim hermenêutico segundo Lênio Streck. *ACONJURPR*, Curitiba, 15 mar. 2022. Disponível em: <http://www.aconjurpr.com.br/noticias/o-motim-hermeneutico-segundo-lenio-streck/>. Acesso em: 8 jun. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 1 julho de 2022.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____, Vera Malaguti. **Introdução Crítica À Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 08 jun. 2023. Pág. 64).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução: Carlos Nelson Coutinho.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Dispõe sobre a promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 de maio de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Teori Zavaski. Julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 26 de maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 68.726/DF**. Habeas Corpus. Sentença Condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. Relator: Min. Néri da Silveira. Data de Julgamento: 28/06/1991. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 84.078-7/MG**. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada "Execução Antecipada da Pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil, Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília: 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC**. Direito constitucional penal. Recurso extraordinário. Femicídio e posse ilegal de arma de fogo. Condenação pelo tribunal do júri. Soberania dos veredictos. Constitucionalidade da execução imediata da pena. Recurso extraordinário provido. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, publicado em 04/05/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf. Acesso em: 03.dez.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54**. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio Da Não Culpabilidade. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, publicado em 07.nov.2019. Acesso em 03.dez.2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

Com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. **Revista Consultor Jurídico**, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. 1ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Economia brasileira encolhe 3,6% em 2016 com aperto do cinto das famílias: A queda foi generalizada em todos os setores da economia e consumo dos brasileiros cai há oito trimestres seguidos. **El País**, 07 de março de 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20\(IBGE\)](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/07/economia/1488889751_879439.html#:~:text=A%20economia%20brasileira%20encolheu%20pelo,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20(IBGE).). Acesso em: 10 de maio de 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018. Edição Virtual.

FILHO, Nagib S. **Direito Constitucional**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-3813-0. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3813-0/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 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: 23 de maio de 2023.

Governo Dilma tem aprovação de 10% e desaprovação de 69%, diz Ibope: Pesquisa ouviu 2.002 pessoas entre os dias 17 e 20, em 142 municípios. Segundo levantamento, pedido pela CNI, 19% veem governo como ‘regular’. **G1**, Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/10-aprovam-governo-dilma-e-69-desaprovam-diz-ibope.html>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

JR., Aury L. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 08 jun. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LIMA, Ricardo Alves de; LIMA, Maria Cristina Pedro Alves de. **Neopopulismo Penal e o Efeito Backlash Na Mutação (In)Constitucional e (Des)Construtiva do Princípio da Presunção De Inocência**. In: 11 Congresso Internacional de Ciências Criminais: Jurisdição Constitucional e Reformas Penais em tempos de Pandemia da PUCRS, 2021, Porto Alegre. Anais do 11 Congresso Internacional de Ciências Criminais: Jurisdição Constitucional e Reformas Penais em tempos de Pandemia da PUCRS. Porto Alegre: ediPUCRS, 2021.

MARECO GOMES, Geralda Emilly. **A execução provisória de sentenç a penal condenatória e o princípio da presunção de inocência**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha, Itália.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição Digital.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. (Série IDP). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 24 mai. 2023.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 3ª Edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a judicial**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2010.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 10ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed., revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2021.

PINTO, Felipe Martins (organizador). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

SANGALLI SANDRI, G. **A (in)adequada recepção da teoria de Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(2), 72 – 84, publicado em 10 de março de 2021. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/215>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

SILVA, Guilherme Felipe Ribeiro Gomes; OLIVEIRA, Nathália Alves de; DIAS, Eliotério Fachin. **Tratados Internacionais e o Princípio Da Presunção Da Inocência: Uma Reflexão Sobre Suas Influências no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Anais da 4ª Mostra Científica 2018, v. 5 n. 7 (2018): Suplemento Especial - UEMS, Dourados/MS. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3083/2393>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

SOUZA MACHADO CARVALHO, Joana de Moraes. **A Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15697/1/2006_dis_jmsmcarvalho.pdf.

STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 09 mai. 2023.

_____. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 04.dez. 2022.

_____. Os cinco argumentos em favor da presunção de inocência. **Prerô**, publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/os-cinco-argumentos-em-favor-da-presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 04.dez.2022.

TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALENTE, Fernanda. Presunção de Inocência. Leia o voto de Gilmar Mendes contra prisão após condenação pelo Tribunal do Júri. **Consultor jurídico**, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/leia-voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao-juri>. Voto em pdf em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Tradução: Mariana Gascón. Editorial Trotta: Madrid, 2008. Págs. 21 a 41 e HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.