

A ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA APÓS A DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

THE PRINCIPIOLOGICAL ANALYSIS OF LAW AND ITS RELATIONSHIP TO LEGAL
(IN)CERTAINTY: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE STF IN THE
CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL PRISON AFTER THE DECISION IN
SECOND INSTANCE



Recebimento em 02/12/2021
Aceito em 14/05/2023

Eid Badr¹

<http://orcid.org/0000-0003-3637-9588>

ebadr@uol.com.br

Gilberto Rocha Neto²

<http://orcid.org/0000-0003-2540-1620>

gilberto.rochan@hotmail.com

RESUMO

A análise principiológica do direito vem ganhando espaço na academia jurídica, principalmente em razão da atuação dos tribunais constitucionais sob a égide das teorias de Dworkin e Alexy. Nessa perspectiva, analisar a atuação do STF acerca da execução provisória da pena após a decisão em segunda instância, torna-se imprescindível para a compreensão dos riscos à segurança jurídica quando da utilização da análise principiológica do direito sem as balizas necessárias. Dessa forma, o presente artigo analisa a evolução jurisprudencial da referida temática a fim de avaliar a aplicabilidade das teorias de Dworkin e Alexy pelo STF, sendo indispensável a prévia apresentação das bases teóricas do positivismo jurídico e sua colisão com a análise principiológica do direito. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica a fim de explanar as referidas teorias e correlacioná-las com as decisões da Corte Constitucional brasileira. Destarte, foi possível observar que o STF, apesar de referir-se às teorias supracitadas, não se utilizadas balizas por elas impostas para a aplicação dos princípios em decisões de *hard cases*, tornando suas decisões, acerca da execução

¹ Universidade do Estado do Amazonas

² Universidade do Estado do Amazonas



provisória da pena, voláteis e um fator de insegurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Neoconstitucionalismo; regras jurídicas; princípios; segurança jurídica.

ABSTRACT

The principiological analysis of law has been gaining ground in the legal academy, mainly due to the performance of constitutional courts under the aegis of the theories of Dworkin and Alexy. In this perspective, analyzing the performance of the STF on the provisional execution of the sentence after the decision in the second instance becomes essential for understanding the risks to legal certainty when using the principiological analysis of law without the necessary guidelines. In this way, this article analyzes the jurisprudential evolution of this theme to evaluate the applicability of the theories of Dworkin and Alexy by the STF, being essential the prior presentation of the theoretical bases of legal positivism and its collision with the principiological analysis of law. For that, bibliographic research was used in order to explain these theories and correlate them with the decision of the Brazilian Constitutional Court. Thus, it was possible to observe that the STF, despite referring to the theories, does not use the guidelines imposed by them for the application of the principal in hard cases decisions, making its decisions about the provisional execution of the sentence volatile and a factor of legal uncertainty for the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Positivism; Neoconstitucionalism; legal rule; principles; legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

As contribuições de Hans Kelsen, por meio do positivismo jurídico, foram cruciais para a expansão dos estudos jurídicos pelas universidades, uma vez que visava à construção de um conhecimento científico do direito, para assegurar-lhe o estatuto científico. Nesse sentido, as contribuições do positivismo jurídico foram tão consideráveis que derivações da teoria foram desenvolvidas ao longo do tempo, como a do positivismo de Herbert Hart.

Por outro lado, no período pós-Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento de um novo modelo de análise do direito se destacou: o neoconstitucionalismo. Esse novo modelo reconhece a relação entre o direito e a moral, assim como a existência de princípios no âmbito dos ordenamentos jurídicos, os quais influenciam a atividade jurisdicional, tendo como destaque as teorias desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Sendo assim, o Poder Judiciário ganhou destaque dentro dos Estados, uma vez que passou a decidir sobre os chamados *hard cases* que



reconhecem direitos fundamentais por vezes não previstos na legislação escrita. Entretanto, esse aumento da atividade judicial não está livre de críticas, uma vez que a utilização dos princípios pode ocasionar decisões com a presença da subjetividade do intérprete, causando insegurança jurídica.

Nessa esteira, o presente trabalho visa realizar um debate sobre a relação entre o neoconstitucionalismo – representado pelas teorias de Dworkin e Alexy – e a segurança jurídica, no âmbito da constitucionalidade da prisão provisória, após a decisão de segunda instância. Para tanto, no primeiro tópico são abordado o contexto e as características do positivismo e do neoconstitucionalismo, assim como suas influências para a Ciência Jurídica.

O segundo tópico abordará os principais pontos da Teoria do Direito como Integridade de Dworkin e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy a fim de se compreender a possibilidade de análise principiológica do direito. Por fim, no terceiro tópico, são analisadas as críticas a essas teorias, tendo como abordagem a sua utilização pelo Superior Tribunal Federal (STF) no âmbito da jurisprudência da constitucionalidade da prisão provisória, após decisão em segundo grau.

2 DO(S) POSITIVISMO(S) AO(S) NECONSTITUCIONALISMO(S)

O século XIX foi marcado pelo início da corrente de pensamento chamada Positivismo, fruto do período pós-revoluções burguesas do século XVIII, ficando mais conhecida pelos trabalhos de Augusto Comte, tido como pai dessa corrente (FONSECA, 2012). Entretanto, é importante frisar que Augusto Comte foi precursor do positivismo de cunho filosófico, havendo outros positivismos, tais como o sociológico, de Emile Durkheim, e o jurídico, de Hans Kelsen.

Para a compreensão dessa corrente de pensamento, é importante estabelecer alguns pressupostos epistemológicos do positivismo, enumerados e sistematizados por Ricardo Marcelo Fonseca em seu livro *Introdução Teórica à História do Direito* (2012), quais sejam: (1) a realidade é dotada de exterioridade; (2) o conhecimento é a representação do real; (3) há uma dualidade entre fatos e valores.

Dessa forma, observa-se que o objetivo principal do positivismo é tornar científicas as observações que antes eram feitas livres de qualquer metodologia. Nesse contexto, foram comuns os movimentos para tornar científica algumas áreas do conhecimento, podendo-se destacar a Ciência Jurídica, defendida por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*.

Para tanto, a teoria de Kelsen desvinculava o estudo da ciência jurídica de outras ciências



tais como a sociologia, filosofia e a antropologia, purificando-o de modo a assegurar-lhe um estatuto científico (COELHO, 2001). Por conseguinte, o Direito não deve ter qualquer relação com a moral ou justiça, devendo ser seu objeto tão somente a norma, rompendo com o entendimento jusnaturalista.

Quando a si própria se designa como “pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2003, p. 1).

Destarte, tendo a norma como objeto de estudo, a ciência do Direito se preocupará somente com a sua validade, fruto da manifestação da vontade da autoridade competente e do seu pertencimento ao ordenamento jurídico como um todo. Essa norma detém, em sua estrutura, uma referência ao comportamento e, conseqüentemente, uma sanção, tornando o direito coativo, uma vez que ele considera o ser humano um ser egoísta que visa à satisfação de seus prazeres.

Ademais, importante frisar que a teoria de Kelsen perpetua as academias do direito até a atualidade, influenciando, inclusive, pensadores como Herbert Hart e seu positivismo *light* (KOZICKI, 2012), que defende a teoria da discricionariedade judicial das regras jurídicas de sentido indeterminado.

Existirão sempre casos juridicamente não regulados ou regulados de forma não conclusiva. Nessas situações, o juiz encarregado de julgar o caso concreto pode não ter condições com base no direito preexistente, de fornecer uma resposta conclusiva em um ou em outro sentido. Quando isso acontece, o positivismo jurídico em Hart, admite que o juiz goza de um poder discricionário, e que, portanto, ele está autorizado a criar direito, no sentido de suprir as lacunas que impedem a sua atuação (KOZICKI, 2012, p. 19).

Sendo assim, tanto Kelsen quanto Hart podem ser considerados adeptos da teoria do Positivismo Jurídico, mesmo que divergentes em alguns pontos. Por outro lado, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, uma mudança de paradigma afetou diretamente a perspectiva sobre os positivismos científicos, sejam eles filosóficos, históricos ou mesmo jurídicos.

Ocorre que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas, o processo da globalização e a ascensão dos direitos fundamentais ao *status* constitucional acarretaram profundas mudanças no entendimento do direito. Assim, a velha ideia de que o juiz é a boca da lei é desconstituída, dando uma nova funcionalidade ao judiciário, além de exprimir a intenção da lei (CAPPELLETTI, 1993).



Essa mudança na funcionalidade do judiciário foi influenciada principalmente pela criação das cortes constitucionais por quase todo o mundo ocidental, iniciando-se aquilo que Cappelletti chamou de revolta contra o formalismo. Sendo assim, com a ascensão dos direitos fundamentais e sociais ao nível constitucional e, conseqüentemente, a publicização do próprio direito, houve ainda uma mudança na visão da própria norma constitucional (BARROSO, 2018).

Esse novo movimento de ascensão dos direitos fundamentais e da nova funcionalidade do judiciário acarretou o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo. Entretanto, é importante frisar que, assim como o positivismo, o neoconstitucionalismo não poder ser definido como um movimento único, uma vez que podem ser identificadas diversas vertentes que têm algumas premissas básicas (FONTENELES, 2019).

Para tanto, é importante destacar que a premissa básica do neoconstitucionalismo é a reaproximação do direito e da moral, de forma que não é possível realizar uma leitura jurídica ou uma decisão judicial sem a utilização da moral intrínseca do intérprete. Dessa forma, algumas características do neoconstitucionalismo, para melhor entendimento, podem ser assim definidas:

São características do neoconstitucionalismo europeu: a) reconhecimento de um amplo catálogo de direitos fundamentais; b) afirmação da força normativa da Constituição; c) ampliação do poder jurisdicional sobre o poder legislativo; d) afirmação de técnicas ponderativas voltadas para a interpretação e aplicação do direito; e) afirmação do direito em uma dimensão principiológica (TEIXEIRA; SPAREMBERG, 2016, p. 57).

Portanto, esse novo modelo de constitucionalismo diferencia-se, principalmente, do positivismo jurídico por reaproximar a moral e o direito na interpretação judicial e, principalmente, na afirmação dos princípios dentro do direito. Sendo assim, as regras jurídicas passam a dividir espaço com os princípios na maioria das decisões judiciais, princípios os quais têm sua existência defendida, principalmente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

3 A ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO SOB A ÓTICA DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Com as transformações do modelo neoconstitucional, a utilização dos princípios jurídicos, tanto na academia quanto nos tribunais, tornou-se cada vez mais recorrente. Essa utilização tem, mormente, seu embasamento nos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Dworkin (2007), o direito é mais que um conjunto de normas explícitas em um sistema fechado. Esse conjunto é somado com princípios implícitos que estão no seio da sociedade e justificam a utilização legítima da coerção. Nesse contexto, o autor defende a reaproximação entre o direito, moral e política, naquilo que ele determina de direito como integridade:



O conceito de integridade é um princípio subjacente ao modelo liberal da filosofia jurídica de Dworkin. Ele é a chave para construir a melhor interpretação possível da prática jurídica, e permite também entender como os tribunais decidem os *hard cases*. De acordo com Dworkin, o direito como integridade fornece uma resposta melhor à interpretação da prática jurídica do que aquelas fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo (KOZICKI, 2012, p. 29).

O convencionalismo, para Dworkin, é a derivação do positivismo jurídico que admite a discricionariedade judicial, no caso de a norma deixar margem interpretativa. O pragmatismo, por outro lado, é a corrente que defende que as decisões judiciais devem ter determinados fins sociais (KOZICKI, 2012). Portanto, ao defender o direito como integridade, Dworkin defende que o juiz deve sempre buscar a resposta certa, principalmente nos *hard cases* (casos difíceis).

Desse modo, ao defender a sua *Tese dos Direitos* (DWORKIN, 2002), o autor afirma que toda decisão judicial deve ser baseada em um direito pré-existente, e não criando um novo direito como defendido por Hart. Em outras palavras, Dworkin defende que o juiz não cria direito novo, e sim utiliza-se de um já existente no ordenamento, seja por meio de norma ou por meio de princípios.

A preocupação principal do autor é não dotar o juiz de poderes de criação de uma norma que retroaja ao caso concreto, causando uma insegurança jurídica. Nesse sentido, ele afirma que “[...] o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Essa preocupação decorre do fato de o juiz não ter sido eleito, ou seja, não foi democraticamente escolhido para exercer a competência legislativa.

Ademais, ao pautar a decisão dos juízes no sistema de normas e princípios do ordenamento jurídico, Dworkin lança mão da tese da resposta certa. Nessa tese, o autor compara a atividade jurisdicional à atividade literária na qual o juiz, ao aplicar a norma, deve levar em conta toda a história institucional do órgão julgador, a fim de manter uma coerência com julgadores passados, como em um exemplo fictício de uma novela escrita por diversos autores ao longo dos anos (DWORKIN, 2007).

Portanto, o juiz, ao interpretar, deve passar por três momentos diferentes do processo: (i) primeiramente, identificar as normas e limitações a utilizar na decisão judicial; (ii), posteriormente, achar fundamentos que justifiquem as escolhas da etapa anterior; e, por fim, (iii) fazer a melhor adequação (*fit*) e oferecer a melhor justificação do objeto a ser descrito (KOZICKI, 2012). Nesse processo, conseqüentemente, o juiz deve sempre buscar a resposta certa que é baseada em um direito pré-existente e não na criação de um novo direito.

Essa resposta certa não é fácil de ser encontrada, por esse motivo, o próprio autor, ao



explicar sua tese, utiliza como o exemplo a figura do juiz Hércules, em uma analogia ao herói que realizou os doze trabalhos na mitologia grega. No entanto, essa resposta certa não é única e irrefutável, pois conforme as mudanças sociais o direito também se modifica, seja pela edição de novas normas ou pelas mudanças dos princípios, desde que respeitada a lógica apresentada na analogia dos romances escritos por diversos autores.

Com efeito, para Dworkin, por mais que a norma deixe uma margem de discricionariedade, seja pelo múltiplo significado da etimologia, ou seja, pela não previsão legal para o caso específico, o juiz deve pautar-se nos princípios, presentes na moral da sociedade, de forma a tornar a decisão democrática. Todavia, é importante ressaltar que os princípios da sociedade não são facilmente encontrados devido ao pluralismo de valores presente na sociedade.

Desse modo, a teoria acaba por limitar os poderes do juiz, de forma a não deixar as decisões ao seu livre arbítrio, sempre pautando-se nos princípios e no histórico institucional, não criando nenhum direito, mas apenas aplicando aquele pré-existente. Mas o juiz não deve “inventar” ou “criar” nada. Ele deve interpretar os argumentos apresentados no sentido de descobrir, de acordo com suas convicções políticas e morais, e dentro daquilo que os demais juízes fizeram no passado, quais são os padrões que melhor expressa a comunidade, e quais argumentos realizam melhor o princípio da igualdade. Quando o juiz interpreta uma linha de precedentes, estatuto ou o que seja que ele reconheça como portador de significados jurídicos, ele está, na realidade, procurando por aquilo que possa fazer dessa prática o melhor em termos de valores políticos e morais. [...] O juiz não é livre para criar direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir – os princípios políticos constitutivos daquela comunidade – para julgar o caso concreto, o que afasta a possibilidade da discricionariedade judicial (KOZICKI, 2012, p. 43).

Por conseguinte, ao reaproximar o direito da moral e da política, Dworkin não somente justifica a utilização dos princípios nas decisões judiciais como tambémos lança como limitadores e fundamentadores dessas decisões. Assim, apesar das várias interpretações postas dentro da moldura normativa, o juiz não pode simplesmente escolher qualquer uma delas, de forma a criar um direito, mas deve escolhê-la pautada em um direito pré-existente, o qual nem sempre estará presente por meio de norma, a fim de tornar a decisão legítima e democrática.

Em outro viés, Robert Alexy, em sua clássica obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, defende uma diferença entre regras e princípios, como espécies do mesmo gênero, que será a base de toda a sua teoria.

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2007, p. 87).



Sendo assim, o autor defende não somente a existência dos princípios como também os reconhece como uma espécie do gênero norma. Nesta perspectiva, o autor define essa diferença entre regras e princípios:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daqui que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2007, p. 90-91).

Entretanto, essa diferenciação é mais bem compreendida quando aplicada nos conflitos entre regras e nas colisões entre os princípios. Ocorre que, para Alexy (2007) quando duas regras jurídicas entram em conflito, as únicas soluções são tornar uma delas inválida, ou criar uma exceção na norma conflituosa, uma vez que a característica de “satisfeita ou não satisfeita” acaba por tornar as regras jurídicas inflexíveis. Por outro lado, no caso dos princípios, não ocorrem conflitos, mas sim colisões, sendo possível a aplicação da chamada ponderação. Ocorre que, no caso dos princípios, as colisões nunca podem resultar em uma completa inobservância de um dos lados, uma vez que ambos são mandamentos de otimização.

Para tanto, Robert Alexy defende que a aplicação da ponderação de princípios por meio da proporcionalidade gera três derivações: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2007). Nesse sentido, cada uma dessas variações, de acordo com o autor, é, na verdade, um estágio a ser analisado nas colisões entre princípios.

The Law of Balancing shows that balancing can be broken down into three stages. The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, the first principle. This is followed by a second stage in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, in a third stage, it is determined whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of the former. This shows that balancing presupposes that it is possible to make rational judgments about, first, the intensity of interference, second, the degree of importance, and, third, their relation to each other (ALEXY, 2007, p. 200)³.

Portanto, a adequação será o estágio responsável por analisar se o princípio que se pretende sobrepor-se ao outro promove o fim perseguido ou pelo menos possa incentivá-lo. Posteriormente,

³ A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três estágios. O primeiro estágio envolve estabelecer o grau da não-satisfação ou detrimento do primeiro princípio. Isso é seguido por um segundo estágio a importância de satisfazer o princípio competitivo é estabelecida. Finalmente, no terceiro estágio, é determinada se a importância de satisfazer este último princípio justifica o detrimento ou a não satisfação daquele. Isso mostra que a ponderação pressupõe que é possível fazer julgamentos racionais, primeiro, sobre a intensidade da interferência, segundo, o grau de importância, e terceiro sua relação entre si (Tradução nossa).



passa-se ao estágio da necessidade, que analisa se o meio eleito nessa colisão é o menos oneroso para o direito sacrificado e, ainda, se terá eficácia similar às medidas alternativas.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é responsável pela ponderação entre o ônus da aplicação de um princípio e o ônus do princípio que teve a aplicação reduzida, em uma relação de custo-benefício. Nesse sentido, exemplifica Fonteneles:

Trabalharemos com um exemplo muito citado por quem se debruça sobre o assunto: confinar todos os soropositivos em uma ilha seria uma medida *adequada* para erradicar o HIV da sociedade? Na teoria de Alexy sim, nota-se que o primeiro filtro foi ultrapassado. Não obstante, uma providência desumana como esta seria a menos gravosa para os titulares do direito restringido? Não, pois há alternativas tão eficazes, quanto ela e que não implicam esse doentio *apartheid* social. Logo, o ato de Poder Público é inconstitucional, por ferir a proporcionalidade. O simples fato de um fim louvável a ser alcançado (erradicação da AIDS) não é o suficiente para que a medida se revista de conteúdo proporcional, porque repugna ao Direito Constitucional a concepção pela qual os fins justificam os meios (FONTENELES, 2019, p. 108).

Destarte, seguindo os três estágios da proporcionalidade na colisão entre princípios, Alexy (2007) defende que será possível decidir pela melhor aplicação do direito, de forma a sacrificar um princípio tão-somente na proporção necessária para a aplicação do outro. Entretanto, tanto a teoria de Ronald Dworkin quanto a de Robert Alexy recebem diversas críticas, principalmente no que tange à segurança jurídica nas decisões judiciais, uma vez que abrem possibilidades para um subjetivismo destas decisões.

4 RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY E A SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Não obstante a vasta fundamentação teórica, tanto a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin quanto a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy sofrem críticas em relação à sua aplicação, especialmente, no âmbito brasileiro. No que tange à teoria de Dworkin, a determinação dos princípios, com base nos valores comuns da sociedade, é um pressuposto difícil de ser alcançado, principalmente, no âmbito das atuais sociedades pluralistas e complexas.

A teoria de Dworkin, nesse sentido, não é capaz de explicar como esse consenso pode ser obtido, em meio à diversidade que o pluralismo pressupõe. Isso não deixa de ser um paradoxo nas modernas democracias: deve haver um mínimo de consenso, apto a criar laços de solidariedade e identificação, ao mesmo tempo que se reconhecem a diversidade, o pluralismo e a impossibilidade de um sentido final, único, no tocante às formas de convivência (KOZICKI, 2012, p. 55).



Com efeito, estabelecer um princípio com base em valores comuns no âmbito de sociedades pluralistas é uma tarefa não só hercúlea, mas, aparentemente, impossível. Ademais, a teoria de Dworkin também peca ao considerar o Poder Judiciário um superpoder capaz de abarcar as problemáticas sociais que, por vezes, são da seara legislativa. Dessa forma, como o próprio autor sugere, o juiz Hércules tem uma árdua tarefa ao tentar encontrar a resposta certa para a decisão judicial e, mais árdua ainda, para encontrar os princípios comuns de uma sociedade pluralista.

Dworkin toma o judiciário como uma instituição independente, capaz de fornecer a melhor interpretação acerca da moralidade da comunidade. Nessa óptica, muitas questões envolvendo emprego, educação, censura, liberdade de associação etc., seriam mais bem resolvidas pelos tribunais, através de uma interpretação da Constituição que os mesmos devem realizar e tomando sempre como referência o princípio da igualdade. Essa postura esvazia a arena política e torna jurídicas questões que não necessariamente deveriam passar pelos tribunais, em sociedades nas quais o dissenso característico da democracia fosse vivenciado em sua plenitude (deve ser ressaltado que, com isso, não se quer negar a grande importância que os tribunais têm na realização do princípio democrático) (KOZICKI, 2012, p. 57).

Por outro lado, sobre a teoria de Robert Alexy, duras são as críticas de Lênio Streck a este modelo. Para Streck (2016), o entendimento do jusfilósofo alemão sobre definir os princípios como mandamentos de otimização ocasiona uma subjetivização deles frente à atividade interpretativa. Em outras palavras, a teoria de Alexy gera um grande risco de utilização da discricionariedade judicial, justamente o que Dworkin critica na teoria de Hart.

Além disso, a ponderação de Alexy, segundo Streck (2016), apesar de que minuciosamente estruturada nos três estágios anteriormente aqui expostos, deixa à apreciação do judiciário a escolha de quais casos esse procedimento é aplicável e em quais não o é. Em outros termos, a identificação de uma suposta colisão de princípios fica a cargo do Poder Judiciário, de forma que, em alguns casos, as mesmas regras jurídicas poderiam ser consideradas princípios afim de se justificar o uso da ponderação.

O autor também critica diretamente o Supremo Tribunal Federal que, apesar de justificar-se por meio da teoria de Alexy, não especifica o percurso pelos três estágios da ponderação, o que pode ser entendido como uma mera justificativa para a aplicação de subjetivismos.

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo ponderação, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento de ponderação. Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases de ponderação – estabelecidas por Alexy – tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros. O problema envolvendo aquilo que respondesse pelo nome de norma de direito fundamentalmente atribuída pode ser apresentada, v.g., como um destes pontos esquecidos (STRECK, 2016, p. 55).



Destarte, é possível identificar na jurisprudência do STF, principalmente em casos de grande repercussão, a utilização das teorias de ambos os autores. Por exemplo, na ADPF 132, que decidiu sobre o reconhecimento da União Homoafetiva, os ministros usaram recorrentemente a doutrina de Dworkin no sentido de reconhecer o direito à liberdade e igualdade como princípio norteador da sociedade brasileira. Diversos foram os princípios justificadores dessa decisão, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outro caso emblemático decidido pelo STF, na ADI 4275 DF, em que foi reconhecido o direito dos transexuais e transgêneros de modificar seu prenome no registro civil sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou processo judicial, a ponderação foi utilizada como fundamento principal.

Foi realizada a ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana – no sentido de que os transexuais e transgêneros têm o direito da modificação do nome – e o princípio da segurança jurídica – decorrente da alegação de que reconhecer o referido direito geraria insegurança jurídica ao direito notarial. Entretanto, apesar de mencionar o termo “ponderação” entre os dois princípios, em nenhum momento o STF detalhou, ou pelo menos mencionou, a passagem pelos três estágios propostos por Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não obstante a grande importância que ambas as decisões acarretaram ao reconhecimento de direitos de minorias, causando um grande impacto social principalmente à comunidade LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, *Queers*, Intersexo, Assexual), não se pode deixar de observar a incompletude quando na utilização das teorias de Dworkin em Alexy.

Consideradas todas as questões preambulares até aqui abordadas, tanto fáticas quanto jurídicas, não há como ignorar que o tema da execução provisória da sentença penal condenatória (a partir do segundo grau de jurisdição) decidido, recentemente, pelo STF também resta marcado de igual incompletude, quando consideradas as teorias dos autores mencionados, principalmente, da ponderação de Alexy, gerando uma manifesta insegurança jurídica.

O tema, em quatro períodos diferentes, foi decidido pelo STF.

Primeiramente, nos *habeas corpus* n.º 6.8726/1991, n.º 72.366/1995 e n.º 74.983/1997, foi reconhecida a possibilidade da execução provisória de acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, inclusive, com a edição das súmulas 716 e 717 do STF que espelhavam esse entendimento. Posteriormente, em 2009, por meio *dohabeas corpus* n.º 84.078, a Corte Constitucional decidiu no sentido contrário, reconhecendo a prisão provisória como sendo inconstitucional.



Ainda sobre a matéria, em mais uma mudança jurisprudencial, o STF decidiu no ano de 2016, por meio do *habeas corpus* n.º 126.292, o retorno à jurisprudência tradicional, no sentido de reconhecer a possibilidade da prisão provisória após o acórdão proferido em segundo grau.

Por fim, no ano de 2019, em uma apertada votação, a Corte decidiu, ao julgar as Ações de Declaração de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, modificar, novamente, o seu entendimento para declarar a constitucionalidade do artigo 282 do Código de Processo Penal e, consequentemente, a inconstitucionalidade da prisão após confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

Sendo assim, nas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) supracitadas, o principal debate foi sobre o alcance da interpretação do artigo 5º, inciso LVII, que dispõe que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. À priori, importante destacar que o denominado princípio da inocência, estampado na norma supracitada, é fortemente reproduzido em normas internacionais, podendo se destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 8.2 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6º, 2.

Com efeito, a presunção de inocência é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito sendo, portanto, *prima facie*, às máximas de reconhecimento ao direito fundamental à liberdade uma vez que protege o indivíduo do poder punitivo do Estado (GRECO, 2020). Nesse contexto, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, ratificou seu entendimento já defendido no HC 126.292:

Atendem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5o, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas [...] (BRASIL, 2019, p. 4).

Nesse sentido, o Ministro defendeu não haver abertura para interpretação do referido artigo, sendo este claro ao dispor sobre o trânsito em julgado para o reconhecimento da culpa pelo judiciário. Ademais, seguindo o voto do Relator, a Ministra Rosa Weber, ao reconhecer o artigo 5º, inciso LVII como um princípio, atribui-lhe limitação interpretativa.

O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio sim – o da presunção da inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete. Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa



-, não é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém (BRASIL, 2019, p. 45).

Em outras palavras, apesar de o artigo ser reconhecido como um princípio, em conformidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, não se pode olvidar que este também é uma regra que, conforme a Ministra, é específica. Portanto, tanto para o Ministro Marco Aurélio quanto para a Ministra Rosa Weber, o artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 não deixam margens interpretativas para o juiz.

Em outra vertente, o Ministro Roberto Barroso cita o artigo 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), o qual dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais que ela se dirige e às exigências do bem comum” e defende que o STF estava nada mais que “discutindo visões diferentes do que seja fins sociais, do que seja o bem comum” (BRASIL, 2019, p. 3). Em outras palavras, que a norma constitucional em tela é passiva de interpretações sob a justificativa de buscar o seu fim social e as exigências do bem comum.

Sendo assim, é possível fazer alusão que ao Dworkin defendeu sobre o juiz ter de utilizar os princípios comuns da comunidade, uma vez que, conforme defendeu o Ministro ao citar o artigo 5º da LINDB, deve-se atender aos fins sociais da norma. Por outro lado, ainda em seu voto, Roberto Barroso defende que o artigo 5º, LVII apesar de ser um princípio, não deve ser considerado absoluto, uma vez que foge à regra do tudo ou nada aplicado à regra jurídica.

A presunção de não culpabilidade ou de inocência é um princípio constitucional. É inequívoco que é um princípio constitucional, porque, se ele fosse regra, eu não poderia prender provisoriamente. Portanto, é um princípio que é ponderado com outros valores constitucionais. Alguém pode não gostar que seja assim, mas nós não podemos quebrar o espelho por não gostar da imagem. Há um princípio constitucional, que é o princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 2019, p. 18).

Em outras palavras, o Ministro não somente reconheceu que o artigo em tela é um princípio constitucional como reconheceu a possibilidade da sua ponderação com outros “valores constitucionais”. Importante destacar que essa ponderação, conforme exposto anteriormente, deve observar o procedimento minuciosamente defendido por Robert Alexy para ser legítima. Entretanto, o Ministro afirma que “[...] na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência” (BRASIL, 2019), sem fazer referência ao procedimento de ponderação defendido pelo jusfilósofo alemão. Nesse sentido, defendeu também o Ministro Luiz Fux que “[...] à medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação” (BRASIL, 2019).



Sendo assim, tanto o ganho de maior peso da efetividade mínima quanto a mitigação do princípio da inocência, em alusão aos ministros Barroso e Fux, se realizados sem respeitar as fases de ponderação estabelecidas por Alexy, apenas corroboram para as críticas já citadas de Streck (2016) ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, importa destacar que a ponderação entre esses dois princípios já foi objeto do voto do Ministro Teori Zavascki no HC 192.292.

2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal (BRASIL, 2016, p. 28).

Por conseguinte, é possível afirmar que a mudança de entendimentos firmados pelo STF sobre a prisão provisória após a condenação penal em segunda instância, desde o HC 68.726/1991 até o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pautou-se na abrangência da aplicação do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988. Portanto, nos quatro períodos paradigmáticos expostos, a Suprema Corte decidiu por aumentar ou diminuir sua abrangência causando, assim, uma insegurança jurídica.

Dessa forma, apesar da relevância dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy para o reconhecimento de uma análise principiológica do Direito, ao serem utilizadas, suas teorias devem ser analisadas de modo a não recaírem em uma arbitrariedade do intérprete, correndo o risco de reincidirem no que já foi chamado de Juristocracia (HIRSCHL, 2004) ou, à moda brasileira, Supremocracia (VIEIRA, 2008). De outro modo, ao mesmo tempo em que essas teorias possam contribuir para o reconhecimento de direitos fundamentais pelo judiciário, como na ADPF 132 e na ADI 4275 DF, também podem gerar uma insegurança jurídica na aplicação, justamente, desses direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O positivismo de Hans Kelsen pretendeu o reconhecimento do direito como ciência, maiormente, por objetivar seu estudo, separando a análise do jurista de qualquer resquício da moral. Dessa forma, a forte influência de Kelsen nos ordenamentos jurídicos foi um campo fértil para derivações de sua teoria, como o positivismo *light* de Herbert Hart.

Para Hart, as lacunas deixadas pela legislação possibilitavam ao juiz exercer a discricionariedade judicial para a solução de casos não previstos especificamente em lei. Todavia,



devido às atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, por vezes, calcadas no Estado de Direito, como no caso do nazismo, o mundo voltou-se para o desenvolvimento de um novo modelo a ser adotado: o neoconstitucionalismo.

A adoção desse modelo incide no reconhecimento da relação entre direito e moral e na existência dos princípios dentro dos ordenamentos jurídicos. Portanto, ao reconhecer a existência desses princípios, a atividade interpretativa ganha grande importância nas decisões judiciais e na própria atuação do Poder Judiciário.

Nesse modelo, destacaram-se os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca da análise principiológica do direito, sendo o primeiro autor da teoria da integridade e o segundo da teoria dos direitos fundamentais. Para Dworkin, os princípios são encontrados nos valores comuns da sociedade, de forma a limitar a atividade interpretativa do juiz.

Por outro lado, Robert Alexy reconhece que esses princípios são verdadeiros mandamentos de otimização, em outras palavras, devem ser aplicados de forma a alcançar sua máxima efetivação, diferentemente das regras jurídicas, que seguem o padrão de subsunção ao caso concreto. Ademais, o jusfilósofo alemão entende que os conflitos entre dois princípios são gerenciados de forma diferente ao conflito entre duas regras jurídicas.

Nesse ponto, enquanto os conflitos entre regras jurídicas são resolvidos pela invalidação de uma delas ou a criação de uma exceção por via legislativa, os princípios passam por um processo que o autor denomina de ponderação. Essa ponderação é feita por meio da proporcionalidade, respeitando três estágios: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito.

Todavia, ambos os autores sofrem diversas críticas em razão de que suas teorias possibilitam a expansão da atividade judicial, especialmente se forem utilizadas de forma errônea ou arbitrária. Essa expansão é observada, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que vem utilizando como *ratio decidendi* as teorias tanto de Dworkin como de Alexy.

Em alguns casos paradigmáticos, como o reconhecimento da união homoafetiva, as teorias acarretaram uma evolução positiva para o reconhecimento de direitos fundamentais. Por outro lado, no emblemático caso da constitucionalidade da prisão provisória, após a condenação em segunda instância, gerou-se uma verdadeira insegurança jurídica.

Ocorre que, no caso da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, a Corte Constitucional brasileira mudou seu entendimento por quatro vezes, causando insegurança jurídica em relação a um tema tão sensível como a liberdade humana. Os debates ocorrem, principalmente, sobre a interpretação do artigo 5º, LVII da Constituição Federal que dispõe sobre o princípio da inocência.



Nesse diapasão, o ministro Barroso, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, afirma haver uma colisão entre os princípios da presunção de inocência e outros valores constitucionais, em uma clara alusão à teoria de Alexy acerca da colisão dos princípios e de Dworkin sobre os valores da comunidade. Ademais, o referido ministro afirma que à medida que o processo penal avança, subindo de instâncias, o princípio do interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que o princípio da inocência.

De forma similar, o Ministro Teori Zavascki, no HC 192.292, defende que o tema trata da buscado equilíbrio entre o alcance do princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, sendo este último, valor caro à sociedade, sendo possível observar a utilização da ponderação entre princípios de Alexy e o reconhecimento dos princípios oriundos de valores da sociedade de Dworkin.

Em ambos os casos, os referidos ministros utilizam-se da ponderação para equilibrar a aplicação dos princípios da presunção de inocência e da efetividade mínima do sistema penal, contudo, é possível observar que, em ambos os casos, não são utilizadas as etapas descritas por Robert Alexy, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sendo assim, deve-se destacar que tanto Alexy como Dworkin firmaram suas teorias de forma a evitar a discricionariedade judicial defendido por Herbert Hart, o que pode ser caracterizado pela análise dos julgamentos sobre a execução provisória da pena. Portanto, a utilização das teorias supramencionadas sem o respeito às balizas estabelecidas pelos seus autores acarreta uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico, sendo no caso em tela, no âmbito do Direito Penal.

Por outro lado, sem o respeito a essas balizas, as interpretações tornam-se voláteis, mudando de acordo com as necessidades políticas sob a justificativa de o STF estar interpretando os valores da sociedade em um determinado momento. Sendo assim, a atuação jurisdicional livre de marcos limitadores, sendo elas legislativas, doutrinárias ou principiológicas, pode acarretar insegurança no ordenamento jurídico influenciadas, principalmente, pelos ventos políticos oriundos de agentes externos à Corte Constitucional.

Entretanto, não se pode olvidar que a atuação das Cortes Constitucionais tem sido essencial para o reconhecimento de direitos fundamentais por meio da análise principiológica do direito, destacando-se, no Brasil, temáticas como a união homoafetiva e o reconhecimento da mudança de nome no registro civil dos transexuais e transgêneros. Portanto, o que deve ser observado em relação à atuação jurisdicional, por meio da análise principiológica do direito, são as balizas criadas, tanto por Alexy como por Dworkin, para coibir a discricionariedade judicial defendida por



Hart e evitar a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Separação dos Poderes: aspectos contemporâneos entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal pleno, julgado em 17.02.2016, publicado em 17.06.2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONTENELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

STRECK, Lênio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.



TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes.
Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3, n. 1, 2016, p. 52-70.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 441-463.

