



A (IN)ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO HABEAS CORPUS 126.292/SP

MATEUS DE SOUZA SILVÉRIO

Mestrando em Constitucionalismo e Democracia na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Law. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Graduado em Administração pela Universidade do Vale do Sapucaí – UNIVÁS. Pesquisador e advogado.

Resumo: O presente artigo aborda a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para a formação de um discurso jurídico argumentativamente racional, de modo a analisar sua (in)adequação quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP que possibilitou a execução provisória da pena após decisão colegiada em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para isso, o artigo utiliza-se de uma abordagem analítica mediante a utilização do método bibliográfico, de modo a esclarecer o cerne da teoria alexyana em comparação com a fundamentação utilizada na referida decisão.

Palavras-chave: Robert Alexy; Ponderação; Argumentação Jurídica; Decisão Judicial; Princípios; Regras;

Abstract: The present article addresses Robert Alexy's theory of legal argumentation for the formation of a legally reasoned discourse, aiming to analyze its (in)adequacy in the judgment of Habeas Corpus 126,292/SP, which allowed for the provisional execution of the penalty following a collegial decision at the second instance, even before the final judgment of the convicting criminal sentence. To achieve this, the article employs an analytical approach through the use of the bibliographic method to clarify the core of Alexy's theory in comparison with the reasoning used in the mentioned decision.

Keywords: Judicial Activism; Constitutional Review; Legitimacy; Democracy; Judiciary and Legislative Power.

Introdução

Muito se critica a teoria desenvolvida por Robert Alexy como uma forma de legitimar a arbitrariedade do julgador em casos concretos, especialmente após sua utilização em demasia pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, pouco se conhece dela para uma crítica contundente à respeito.

No presente artigo o autor discorrerá sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, evidenciando suas nuances para a criação de um discurso jurídico argumentativamente racional.

Nesse sentido, trará o primeiro capítulo do artigo o cerne de toda teoria alexyiana que é o conceito de princípios e regras, distinguindo-os. No segundo capítulo o autor abordará a racionalidade argumentativa da teoria desenvolvida por Alexy, aprofundando nos modos e regras de interpretação para adentrar efetivamente, no terceiro capítulo, à máxima da proporcionalidade e o juízo de ponderação.

Assim, uma vez ultrapassada a teoria da argumentação jurídica de Alexy, o autor faz considerações acerca a (in)adequação da utilização das regras de ponderação no caso do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP que, à época do julgamento, possibilitou a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, tem-se a problemática acerca da (in)adequação da utilização da teoria de Robert Alexy no referido julgado como forma de fundamentar a mudança no posicionamento jurisprudencial, abordando inclusive o posicionamento do autor acerca da referida teoria e a crítica generalizada sobre a legitimação da subjetividade do julgador.

1. A teoria de Robert Alexy- diferença entre princípio e regra

Robert Alexy como um procedimentalista pós-positivista neoconstitucional criou um importante marco teórico com sua *Teoria da Argumentação Jurídica* e a racionalidade argumentativa através de um juízo de ponderação que causou graves consequências no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo no caso do julgamento, enfim e posteriormente revisado, do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP que possibilitou a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sua teoria tenta criar um discurso jurídico lógico para a formação decisão jurídica quando da existência de colisão entre princípios, utilizando-se do procedimento para a estruturação argumentativamente racional na escolha de um princípio em detrimento de outro,

de modo a encarar o discurso jurídico como uma espécie do discurso prático geral, sustentando “*que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico*”¹. Nesse sentido, Rafael Lazzarotto Simioni, em sua obra *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*, afirma que:

Alexy vai propor tanto uma reconstrução dos discursos jurídicos – com a incorporação de formas de interpretação e de argumentação jurídica mais sofisticadas do que as tradicionais –, quanto uma vinculação desses discursos jurídicos com os discursos práticos gerais – com a incorporação de regras capazes de fazer florescer os conteúdos morais.²

Desta forma, a pretensão de correção desenvolvida por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica é uma pretensão de correção para a formulação de decisões jurídicas argumentativamente racionais, levando-se em consideração o procedimento criado por si, razão pela qual, tem-se em Alexy um referencial teórico procedimentalista.

Não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais este trabalho tenta evidenciar. Sua apresentação sistemática pode ser vista como uma explicação do conceito de argumentação jurídica racional.³

Nesse mesmo sentido, Simioni afirma:

A perspectiva procedimentalista, na qual Alexy se insere, parte do reconhecimento dessa impossibilidade de generalização objetiva dos princípios morais e valores éticos. E já que não são possíveis argumentos racionais baseados em uma pretensão de universalização de princípios morais apenas contextualmente válidos, então a argumentação pode deslocar a sua pretensão de justificação, dos conteúdos substanciais. Em outros termos, uma decisão racional pode ser justificada por meio de uma argumentação baseada em princípios substanciais, mas também pode ser justificada por meio de uma argumentação baseada em princípios e regras procedimentais. A proposta procedimentalista é renunciar à pretensão de justificação baseada em princípios substanciais e substituí-la por uma justificação baseada no cumprimento de procedimentos de discussão racional.⁴

¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 194.

² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 241.

³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 252.

⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 247-248.

Para isso, a teoria de Alexy traz a distinção fundamental e basilar para sua aplicação entre princípios e regras normativas, afirmando que tratam os princípios de mandados de otimização, enquanto as regras são determinações. Em outras palavras, sendo os princípios, para Alexy, mandados de otimização, eles constituem um objetivo à ser alcançado, de modo que sua aplicação, no caso concreto, poderá ser sopesada mediante o juízo de ponderação em maior ou menor densidade. Já as regras constituem mandamentos obrigatórios de serem seguidos, não havendo a possibilidade de seu sopesamento, ou seja, enquanto os princípios podem, como objetivos a serem alcançados, ser aplicados em uma maior ou menor medida, as regras não possuem essa característica, pois, de acordo com o caso concreto, permitem ou não determinada conduta. Nesse sentido:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *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 e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

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 daquilo que é fática e juridicamente possível.⁵

Esse é o caso da própria aplicação de sua teoria para a formulação de um discurso jurídico racional. Para Alexy, independentemente do resultado, se o discurso seguir as regras do procedimento, que não podem ser sopesadas, elas constituem um discurso jurídico racional, enquanto se descumprirem as regras de sua teoria tem-se um discurso jurídico irracional.

Para melhor elucidar essa diferenciação entre regras e princípios desenvolvida por Alexy, pode-se citar como exemplo o artigo 3º, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil brasileiro –, que qualificou os menores de 16 anos da seguinte forma: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”⁶

Observe que não há como aplicar mais ou menos a referida norma jurídica, não constituindo mandado de otimização, mas, sim, regra jurídica à ser aplicada *ipsis literis*, de

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 90-91.

⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

modo que um contrato assinado por um menino de 10 (dez) anos não terá validade jurídica, sendo nulo de pleno direito em decorrência da aplicação dessa regra, pois trata-se o menino de uma pessoa absolutamente incapaz.

Nesse sentido, para Alexy tampouco a concretização da compra e venda de uma bala em um supermercado por aquela criança de 10 (dez) anos pode constituir uma transação negocial válida, visto que não se pode sopesar a aplicação das regras jurídicas, ela é aplicada e pronto.

Por outro lado, extrai-se do inciso III, do artigo 3º, da Constituição Federal o objetivo constitucional à ser atingido da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais, todos em consonância com o inciso III, de seu artigo 1º que afirma ter a República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana como fundamento.

Veja bem, o inciso constitucional que institui como objetivo fundamental do Brasil a erradicação da pobreza, constitui, na visão de Alexy, um princípio, pois trata-se visivelmente de um mandado de otimização que poderá, inclusive, não ser aplicado em detrimento de outro princípio, como o da livre iniciativa e o da propriedade privada, com a aplicação do juízo de ponderação no caso concreto quando houver colisão entre eles.

Portanto, partindo da premissa da distinção entre regras e princípios de Robert Alexy pode-se traçar significativas limitações na aplicação da ponderação – desenvolvida em sua teoria – em inúmeros casos concretos, visto que somente possível quando se tratar de colisão entre princípios, ou seja, para Alexy, inexistente abertura para a aplicação do juízo de ponderação quando a controvérsia cingir sobre regras, pois a aplicabilidade dessas não admite sopesamento.

No caso de colisão entre regras, Alexy afirma que se tem na decisão uma declaração de validade de uma determinada norma em detrimento da outra conflitante, podendo o julgador solucionar o impasse mediante a existência de uma cláusula de exceção ou por meio de regras gerais do tipo *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior revoga lei anterior) ou *lex specialis derogat legi generali* (lei especial prevalece sobre lei geral).⁷

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 93.

2. Argumentação Jurídica Racional para Alexy

O procedimento que define uma argumentação jurídica racional, segundo Alexy de acordo com Simioni, tem que integrar os métodos de argumentação (semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico) com as três regras de argumentação: saturação, função e organização hierárquica⁸.

Por semântica entende-se a utilização de recursos linguísticos para justificar uma determinada interpretação de uma regra, podendo tanto justificar, quanto criticar ou, até mesmo, demonstrar que determinada interpretação é semanticamente (im)possível. Havendo, na norma jurídica, uma indeterminação semântica, necessário se faz a utilização da forma genética de argumentação para solucioná-la, de modo que por genética entende-se a busca da vontade do legislador quando da promulgação de determina norma jurídica para sua melhor interpretação.

Conforme bem esclarece Simioni, essa vontade do legislador pode ser tanto sua própria intenção direta na promulgação da norma quanto o objetivo para o qual a norma foi promulgada:

Esse recurso à intenção do legislador, quer dizer, à genética da norma jurídica, pode ser realizado de dois modos diferentes: a) pode-se justificar uma determinada interpretação com base na intenção direta do legislador; e b) pode-se justificar uma determinada interpretação com base na intenção de um resultado pretendido pelo legislador⁹.

Um exemplo de argumentação jurídica fundamentada na interpretação genética da norma se deu no julgamento da ação de impugnação à mandato eletivo nº 0600592-80.2020.6.13.0112 proposta pela Comissão Provisória Municipal do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB contra R.A.B. em que sob a alegação de uma suposta candidatura fictícia para cumprir com a exigência do artigo 10, parágrafo terceiro, da Lei 9.504/97, pretendia o partido impugnante a declaração da fraude com a consequente cassação do mandato da vereadora eleita.

Observe que ao julgar o caso, o relator do Recurso Eleitoral nº 060059280/MG, Desembargador Marcelo Paulo Salgado, entendeu, dentre outras coisas, acatar o parecer ministerial do Ministério Público Eleitoral para o não provimento do recurso, de modo a

⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 253.

⁹ Idem, *ibidem*.

manter a candidata eleita, pois do contrário estar-se-ia violando a própria intenção do legislador, qual seja, uma maior participação na política pelo gênero feminino:

Por fim, no caso em análise, a procedência do pedido encontra ainda um outro impeditivo, qual seja, a violação da própria finalidade do artigo 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997, porque conduziria à cassação do mandato de candidata do sexo feminino, única candidata do Partido Verde que obteve sucesso nas eleições e em relação a quem não há sequer indícios de participação na alegada fraude. Nesses termos, na situação específica dos autos, o provimento do recurso redundaria em prejuízo à finalidade da norma que a AIME visa defender, qual seja, a expansão da participação feminina na política.¹⁰

Por argumentação histórica tem-se a utilização de, por exemplo, jurisprudências anteriores para a solução da controvérsia existente, podendo aí tanto aplicá-la ao caso concreto com vistas a uma maior segurança jurídica quanto não aplicá-la, pois demonstrada historicamente que sua aplicabilidade poderia resultar em diversos fatores negativos futuros.

A argumentação comparativa é entendida em caráter espacial, de modo a comparar o direito estrangeiro ao direito local.

Para Simioni, Alexy limita a argumentação sistemática tão somente a relação lógica entre as normas, de modo que uma norma válida não pode contrariar outra norma válida, pois aí estaria em uma situação de incoerência lógica do sistema normativo¹¹.

Robert Alexy, segundo Simioni, entende a argumentação teleológica assim como a genética, sendo uma espécie de interpretação sistemática que leva em conta, como estratégia de justificação de uma determinada interpretação jurídica, os objetivos ou os fins prescritos no contexto sistemático da ordem jurídica em vigor¹², como por exemplo no recurso eleitoral acima descrito.

Uma vez sendo insuficientes, por si só, esses modos de interpretação acima explicitados, Alexy, segundo Simioni, utiliza-se, como já dito anteriormente, de três regras de interpretação que serão abaixo explicitadas.

A primeira delas é a saturação, entendida como sendo a exigência de plenitude argumentativa, de modo que uma argumentação racional deve satisfazer tanto as razões de ordem normativa quanto empíricas, sendo a primeira às normas jurídicas determinadas pelo ordenamento jurídico vigente e a segunda as justificativas sobre os fatos. É na saturação das

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Eleitoral 060059280/MG**. Relator(a) Des. Marcelo Paulo Salgado, Acórdão de 03/05/2022. Publicado no(a) Diário de Justiça Eletrônico-TREMG 80, data 11/05/2022.

¹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 257.

¹² Ibidem, p. 258.

razões de ordem normativa que, segundo Simioni, Robert Alexy permite que a argumentação jurídica saia do próprio sistema jurídico recorrendo à argumentos práticos gerais¹³.

Já na diferenciação das formas de argumentação, Alexy, segundo Simioni, afirma que cada método argumentativo se diferencia em sua função, visto que na semântica pretende-se a garantia da coerência entre a decisão jurídica e a aplicação da norma; na genética visa garantir a intenção do legislador; na histórica o objetivo é convocar o passado para justificar seu juízo de adequação; na comparativa tem como cerne comparar as experiências entre sociedades diferentes; na sistemática pretende-se garantir a estrutura lógica de não contradição entre as normas; e na teleológica a abertura da argumentação jurídica para a justificação de argumento prático geral.

Por fim, tem-se como regra de interpretação o critério de solução hierárquica, o qual Alexy não se propõe a criar um catálogo de maior ou menor importância entre os métodos de interpretação, não havendo que se falar, portanto, em ordem hierárquica de prevalência, com exceção da elevação do modo semântico e genético sobre o teleológico, porém, mesmo assim não exclui a possibilidade de se optar racionalmente por outro argumento em detrimento dos dois citados (semântico e genético).

A teoria da argumentação jurídica de Alexy, portanto, não apresenta uma solução para esse problema. Pelo contrário, ela procura resolver esse problema indicando 'como as diferentes formas de argumento podem ser empregadas utilmente'.¹⁴

Para uma argumentação jurídica racional além das formas e regras de argumentação destacadas anteriormente, pode o operador do direito utilizar-se da dogmática e dos precedentes judiciais, bem como da complementação da argumentação jurídica pela argumentação prática geral, tendo em vista que, como destacado anteriormente, Robert Alexy defende que os discursos jurídicos são uma espécie do gênero dos discursos práticos gerais. Essa é uma forma de Robert Alexy ultrapassar o liame da incoerência entre os positivistas e os jusnaturalistas sem remontar aos jusnaturalismo, sendo que a utilização de discursos práticos gerais (moral e valores) não são capazes de macular a racionalidade argumentativa da decisão jurídica, desde que correta em seu procedimento.

¹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 259-260.

¹⁴ *Ibidem*. p. 261-262.

4. Máxima proporcionalidade e juízo de ponderação

Entendendo os princípios como mandamento de otimização, Alexy encontra nos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão uma espécie de confirmação de sua conceituação, visto que o referido Tribunal, ao julgar casos de conflitos entre princípios, exarou que não haveria precedência de um princípio sobre o outro sopesando sua aplicação de acordo com o caso concreto.

Em suas palavras, o que importa é se os ‘interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesse cuja a preservação a atividade estatal deve servir’.¹⁵

Desta forma, Alexy afirma que os princípios possuem um caráter *prima facie* enquanto as regras são definitivas, de modo que:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.¹⁶

A máxima proporcionalidade, portanto, surge como consequência lógica da conceituação de princípios por Alexy, visto que a aplicação do sopesamento, ou seja, do juízo de ponderação em casos de colisão entre princípios **DEVE** sempre se ater a máxima da proporcionalidade.

Interessante questão temos em relação a proporcionalidade, encarada por inúmeros doutrinadores brasileiros como princípio, como por exemplo na definição de Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra *Curso de Direito Constitucional* que assim afirma:

É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que *a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica*.¹⁷

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 97.

¹⁶ Ibidem, p. 103-104.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 349.

Lado outro, Alexy entende a proporcionalidade como a decorrência lógica do próprio princípio, não se tratando, para Alexy e ao nosso ver, de um princípio da proporcionalidade e sim de uma regra da proporcionalidade, pois deve obrigatoriamente ser aplicada diante do caso de colisão entre princípios.¹⁸ Nesse sentido, Simioni prescreve:

A máxima da proporcionalidade, segundo a teoria de Alexy, seria uma regra e não um princípio. Isso porque a proporcionalidade não contém nenhum mandado de otimização. Ela não constitui uma orientação que deve ser alcançada de modo mais satisfatório possível. A máxima da proporcionalidade contém regras que devem ser cumpridas e que só podem ser cumpridas ou descumpridas.¹⁹

A máxima da proporcionalidade para Alexy possui três premissas maiores que constituem etapas quando do juízo de ponderação pelo operador do direito, ou seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, segundo Simioni, é a “otimização sobre as possibilidades fáticas da relação entre os meios e os fins exigidos por princípios”²⁰, se deparando o operador do direito com 4 situações na existência de colisão entre princípios: (a) meio adequado, sem interferência; (b) meio inadequado, com interferência; (c) meio inadequado, sem interferência; (d) meio inadequado, com interferência.

Observe que na situação (a) desnecessário se faz passar para a análise da colisão entre princípios utilizando-se da segunda premissa que será abordada adiante, pois seria a solução adequada sem nenhuma interferência no princípio colidido. Já nas situações (c) e (d) como inadequada, não podem satisfazer um discurso jurídico argumentativamente racional.

Ponto importante é a situação (b) em que se verifica a utilização do meio adequado, todavia com interferência. Nessa situação, se exigirá o afastamento do meio empregado para sua adequação, porém em caso de impossibilidade, passar-se-á a segunda etapa (premissa) da regra da máxima proporcionalidade que é a necessidade.

Na necessidade tem por objetivo encontrar um meio-termo na escolha a aplicação de um princípio em detrimento de outro colidente, de modo que a escolha do primeiro não implique na insatisfação total do outro preterido, passando, como bem pontua Simioni, a encarar os princípios como se fossem necessidades econômicas.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 116-117.

¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 283.

²⁰ *Ibidem*, p. 284.

Quer dizer, os princípios passam a ser concebidos como se fossem necessidades econômicas que, diante da escassez de recursos fáticos, devem ser equilibradas e distribuídas equitativamente, ou melhor: distribuídas de modo otimizado, de modo a se garantir uma eficiência na alocação de recursos para a satisfação ótima de todas as necessidades principiológicas.²¹

Assim, na terceira etapa tem-se a premissa da proporcionalidade em sentido estrito, aonde Robert Alexy evidencia sua fórmula peso, “núcleo da ponderação”, seguindo a máxima de que: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”²²

Tem-se aí a necessidade de criação de um grau de escalas de interferência entre um princípio em outro, o qual, distingue Alexy, em grau leve, médio ou grave, ou seja, para que o operador consiga produzir um discurso jurídico argumentativamente racional quando da colisão entre dois ou mais princípios, esse deverá sopesar o grau de interferência de um princípio sobre o outro escalonando conforme o enquadramento em grau, leve, médio ou grave.

Por exemplo, em um caso hipotético o movimento sem-terra ocupa um imóvel rural produtivo no interior do estado de São Paulo, colocando em conflito, nesse exemplo, os princípios constitucionais, quais seja, o da erradicação da pobreza e o da propriedade privada.

Nesse caso hipotético, poderia o julgador fazer o juízo de ponderação utilizando-se da proporcionalidade em sentido estrito da seguinte forma:

- Se optado pela prevalência do princípio da erradicação da pobreza poderíamos afirmar racionalmente que haveria um grau grave de interferência sobre o princípio da propriedade privada, visto que seria violada em sua máxima, retirando a propriedade do antigo proprietário para passar aos sem-terra sob o prisma do princípio da erradicação da pobreza.
- De outra forma, se optado pela prevalência do princípio da propriedade privada poderíamos afirmar racionalmente que haveria um grau leve de interferência sobre o princípio da erradicação da pobreza, pois além de haver outros meios mais adequados para a consecução do princípio da erradicação da pobreza, a manutenção dos sem-terra com a tomada da propriedade do imóvel rural não atingiria em sua máxima o princípio da erradicação da pobreza.

²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 288.

²² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 133.

Impende destacar, por óbvio, que haveria grandes discussões acerca do tema, inclusive envolvendo outras normas jurídicas, no entanto, pretende o autor elucidar a questão de uma forma mais simples para uma melhor visualização da aplicação do juízo de ponderação. Nessa hipótese levantada, visto que a interferência do princípio da erradicação da pobreza seria extrema, ou seja, de grau máximo sobre o princípio da propriedade privada, poderíamos afirmar que a manutenção dos sem-terra sobre o imóvel rural não seria a solução racionalmente adequada, enquanto a manutenção da propriedade privada não teria tanto impacto no princípio da erradicação da pobreza.

Simioni critica a fórmula de peso de Robert Alexy, afirmando que ela faz transbordar a subjetividade do ponderador, porém cristalizando seu entendimento de uma forma mais transparente e criticável.

Além do grau de afetação, Alexy ainda diz haver uma condição de primazia entre princípios, o que pode fazer prevalecer determinado princípio em detrimento de outro. Isso somente é visível, segundo Alexy, sob a análise de cada ordem constitucional.

Por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil traz, não só como princípio, mas também como fundamento da ordem constitucional brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevando *prima facie* o referido princípio em detrimento de vários outros.

De outra forma, mesmo tratando os princípios como normas positivadas, Robert Alexy não retira a possibilidade de ponderação de princípios morais, visto que mesmo os princípios positivados possuem um caráter deontológico e axiológico, em consonância seu próprio entendimento de que os discursos jurídicos são espécie do discurso prático geral.

A lei da ponderação estabelece um metanível de observação em que para que um discurso jurídico seja argumentativamente racional deve igualar o grau de importância entre os princípios colidentes, razão pela qual eventuais condições de prevalência de um princípio sobre o outro hão de ser rigorosamente justificadas.

A racionalidade da ponderação permite um modelo de fundamentação racional, com a possibilidade de um controle crítico e de um controle lógico da decisão judicial. Assim, se de um lado, conforme critica Simioni, dá ao julgador um certo arbítrio para julgar, de outro, traça diretrizes procedimentais para que se tenha uma decisão jurídica argumentativamente racional, se acaso optar o julgador por utilizar sua teoria.

3. O HC 126.929/SP e a utilização equivocada da Teoria de Alexy

Observe que o cerne do problema do presente trabalho consiste na (in)adequação da utilização da teoria de Robert Alexy especificamente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede do *Habeas Corpus* 126.929/SP que entendeu pela possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Primeiramente, importante se faz destacar que o referido Ministro do Supremo Tribunal Federal defende a postura de vanguarda do Poder Judiciário em relação ao asseguramento dos direitos e garantias fundamentais constitucionais através de decisões fundamentadas na defesa desses direitos, deixando seu posicionamento firmado no artigo *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria*.

A sociedade contemporânea, segundo Barroso, é marcada pela heterogeneidade em um mundo fragmentado, onde paradoxalmente coexistem a fome, o terrorismo e a pobreza junto a uma redução da mortalidade infantil com o aumento da expectativa de vida. Diversos são os desafios nessa sociedade plural, com o aparecimento cada vez mais de casos que não tenham nenhum amparo legislativo, ou seja, *hard cases*, citando o autor alguns exemplos, dentre os quais destaco se poderia ou não a mulher utilizar-se do esperma de seu marido já falecido para sua fertilização.²³

Exemplos de casos como esse acabam acarretando um desaparecimento do limite entre legislação e jurisdição, pois para solucionar um caso difícil (*hard case*) deve o magistrado construir lógica e de forma argumentativa sua decisão, mediante o uso da ponderação, de modo que ela só venha a ter legitimidade se convencido o auditório sobre sua justeza e correção. Isso não quer dizer que está o magistrado imbuído de uma discricionariedade judicial clássica, aonde, segundo Kelsen, a escolha do magistrado em um caso difícil, sem amparo legislativo, estaria sujeita a um ato político, ou seja, sem nenhuma fundamentação. Muito pelo contrário, conforme afirma o autor, a discricionariedade judicial estaria subordinada a valores morais e éticos constitucionalmente pré-estabelecidos que levariam o magistrado, mediante o uso da ponderação, a decidir conforme os princípios constitucionais norteadores. Estaria, portanto, o magistrado obrigado a decidir, de forma

²³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 25-52, 2015. p. 30-31.

correta e íntegra, não podendo contrariar a si mesmo (seus próprios precedentes) ou ignorar o sistema jurídico vigente.²⁴

Por essa razão é que Barroso defende que o Poder Judiciário está embebido da função garantidora da ordem constitucional, envolvendo dois tipos de atuação, a contramajoritária e a representativa.²⁵

Observe que no voto, objeto do presente estudo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma estar utilizando para fundamentar sua decisão a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, conforme se depreende pela leitura do voto, especialmente no trecho em equipara princípios à mandados de otimização, assim exarando:

20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam ‘estados ideais’. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no ‘tudo ou nada’, constituindo antes ‘mandados de otimização’, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*.²⁶

Identifica-se um equívoco já nesse trecho do julgado, ao nosso ver, quanto a identificação da proporcionalidade como princípio, visto que conforme anteriormente já evidenciado nesse trabalho, a proporcionalidade não seria um mandado de otimização, mas sim uma regra a ser aplicada impreterivelmente quando da existência de colisão entre princípios.

Ademais, ponto crucial para adequação do julgado à teoria desenvolvida por Robert Alexy, é a identificação dos princípios colidentes, o que, no julgado em debate, entende o Ministro Relator ser a presunção de inocência e a efetividade da lei penal. Primeiramente, o Ministro Relator não traz tanta justificação no entendimento de ser a presunção de inocência um princípio, limitando-se a afirmar que não haveria dúvidas de sua raiz principiológica.

No entanto, ao contrário do Ministro, temos dúvidas acerca da característica principiológica da presunção de inocência, ao menos em se comparando a referida norma jurídica ao conceito de princípios defendido por Alexy, visto que, ao nosso ver, a presunção de inocência não se trata de um mandado de otimização e sim de uma determinação

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 25-52, 2015. p. 32-33.

²⁵ Ibidem, p. 36.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Min. Rel. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

expressamente contida no inciso LVII, o artigo 5º, da Constituição Federal que assim determina:

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;

Ressalte-se que o referido inciso constitucional não traça um objetivo à ser alcançado passível de sopesamento e sim uma regra à ser aplicada à todos os brasileiros e estrangeiros que aqui estiverem sendo investigados pelo suposto cometimento de um ilícito penal.

Como regra o referido inciso deve ser aplicado e pronto, podendo, para Alexy, ser invalidado mediante uma regra de exceção ou por uma regra especial ou posterior, razão pela qual o fundamento utilizado no referido acórdão de que o próprio artigo 283, do Código de Processo Penal haveria ponderado o inciso constitucional não merece prosperar.

Observe que o artigo 283 acima citado não constitui uma ponderação do inciso constitucional, objeto do HC aqui estudado, mas, sim uma regra de exceção, pois em seu próprio texto de Lei ele assim destaca:

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.

“Ninguém poderá ser preso senão...” já demonstra seu caráter excepcionalíssimo de admissão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, portanto, confirmando a tese de que o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal não se trata de um princípio e sim de uma regra jurídica.

Portanto, considerando que no caso concreto do *Habeas Corpus* 126.929/SP não haveria colisão entre princípios, visto tratar-se a presunção de inocência de uma regra no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a inadequação da utilização da teoria de Robert Alexy para a justificação do voto, tendo, desta forma, um discurso jurídico argumentativamente irracional do ponto de vista da teoria alexyana.

Considerações Finais

Muito se critica a teoria da argumentação jurídica e do juízo de ponderação defendido por Robert Alexy sob os auspícios de que a referida teoria daria um amplo espaço de subjetividade e arbitrariedade ao julgador. No entanto, entendemos que não é a teoria alexyana que concede arbitrariedade ao julgador, pois vimos nela uma forma lógica de argumentação jurídica racional em casos de colisão de princípios.

O que acontece frequentemente nos julgados arbitrários é que o próprio julgador tenta, equivocadamente encontrar em Robert Alexy, o fundamento para seu posicionamento jurídico em relação à determinado tema, porém utiliza-se de Alexy de forma inadequada sem conhecer minuciosamente a base de sua teoria, a começar pela diferenciação crucial entre regra e princípios.

Pode-se afirmar que se inexistente a teoria de Robert Alexy, estariam os julgadores fundamentando suas decisões em outros filósofos do direito, pois como utilizam as teorias de forma inadequada, qualquer referencial teórico poderia servir como base para justificar as razões de sua decisão.

Importante destacar que a teoria pós-positivista desenvolvida por Robert Alexy é de suma importância para a racionalidade argumentativa lógico-procedimental, não tendo a teoria emergido do nada. Robert Alexy, na verdade, tentou racionalizar um discurso jurídico que já estava em prática nas decisões exaradas pelo Tribunal Constitucional alemão, tendo sua teoria explicado a racionalidade existente sobre as decisões que já vinham sendo tomadas na corte suprema alemã.

Assim, tem-se na teoria da argumentação jurídica de Alexy não somente uma forma de esteio racional ao intérprete, mas também um modo de segurança aos jurisdicionados, visto que se corretamente seguida, os casos concretos passíveis de sopesamento ou arbitrariedade do julgador serão mínimos e terão uma decisão jurídica argumentativamente racional.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015, p. 25-52.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 22 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Poder Executivo, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado aos 27 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Min. Rel. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Eleitoral 060059280/MG**. Relator(a) Des. Marcelo Paulo Salgado, Acórdão de 03/05/2022. Publicado no(a) Diário de Justiça Eletrônico-TREMG 80, data 11/05/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.