

O CUMPRIMENTO DA PENA APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

THE FULFILLMENT OF THE PENALTY AFTER DECISIONS IN SECOND INSTANCE IN THE LIGHT OF THE PRELIMINARY RULING OF ROBERT ALEXY

OTHONIEL ALVES DE OLIVEIRA¹

RAFAEL MARCÍLIO XEREZ²

RESUMO: Trata o presente artigo de análise de decisão do Supremo Tribunal Federal que fixou entendimento sobre a possibilidade de cumprimento de pena após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição. O objetivo principal da pesquisa é verificar, à luz da doutrina da ponderação de princípios, exposta por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, se o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal ofenderia, em alguma medida, o princípio da presunção de não culpabilidade. Sabe-se que o tema envolve o conflito entre princípios que preveem direitos fundamentais da maior envergadura. O confronto se dá, de um lado, entre o princípio da presunção de não culpabilidade, e, de outro, o princípio da proibição de proteção deficiente que exige um sistema penal eficiente e eficaz. Parte-se da explanação do conteúdo dos princípios em colisão. A seguir expõe-se a doutrina da ponderação de princípios de Robert Alexy e encerra-se com a análise da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, tomada no habeas corpus 126.292/SP. Concluiu-se que, no que pese a importância do princípio da presunção de não culpabilidade como direito fundamental, sua leitura não deve ocorrer de forma literal e absoluta cedendo por meio de ponderação de valores, espaço à exigência de um sistema penal eficiente e efetivo decorrente do princípio da proibição da proteção deficiente.

1185

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Presunção de não culpabilidade; Proibição de Proteção deficiente; Conflito; Ponderação de Valores.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Agente político do Ministério Público do Estado do Ceará. Contato: otho.oliveira@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1016841781800759>.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2012). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Fortaleza. Contato: rafaelmx@unifor.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4242315015030167>.

ABSTRACT: This article analyses the Federal Supreme Court's decision that established the understanding on the possibility of serving time after condemnation at second degree of jurisdiction. The aim of this paper is to verify, under the light of the doctrine of principle-weighting, as explained by Robert Alexy in his work "Theory of Fundamental Rights", if the understanding set by the Federal Supreme Court would offend, to some extent, the principle of presumption of innocence. The issue encompasses conflict between two principles that foresee fundamental rights of the greatest extent: on the one hand, the principle of presumption of innocence, and on the other, the principle of forbiddance of deficient protection, which upholds the need of an efficient and effective criminal system. We lead the paper by explaining the principles in question and their ensuing conflict. We follow by pondering on Robert Alexy's Law of Balancing and conclude by analysing the decision taken by the Federal Supreme Court, taken in *habeas corpus* 126.292/SP. We concluded that the understanding of the principle of presumption of innocence, despite its importance as a fundamental right, should not occur only in a literal and absolute way. Instead, it should be weighted against other values, respecting the requirement of an efficient and effective criminal system, as held by the principle of forbiddance of deficient protection.

KEYWORDS: Principle of Presumption of innocence; Forbiddance of deficient protection; Conflict; Law of Balancing.

I. INTRODUÇÃO

O homem é um ser social, foi feito para habitar em sociedade. Ninguém vive isolado, sem qualquer contato com outros da mesma espécie. Ao se estabelecer em coletividade percebeu-se a necessidade de que fossem firmadas regras de convívio, de modo que os comportamentos do indivíduo não prejudicassem o grupo. É neste contexto que surge a figura do Estado. Nos termos da teoria contratualista pensada e exposta por John Locke, Thomas Hobbes e Jean- Jacques Rousseau, o "Estado de Natureza" foi o que antecedeu à formação do Estado Civil. A formação do Estado encontra razão na necessidade de um Ente que cuidasse, sem desrespeitar os interesses individuais, dos interesses da coletividade (ROSA, 2003).

Ao Estado foram conferidos diversos poderes, dentre eles, o poder de estabelecer as regras de conduta a serem seguidas pelos membros do grupo. Ao Estado foi dado o poder não só de estabelecer as regras de conduta, mas também de julgar e aplicar as punições aos que quebrassem essas regras. Cuida-se do que a doutrina denomina de *jus puniendi*. Ocorre que, no exercício deste poder, o Estado deve seguir regras rígidas. É norma geral estabelecida em todos os Estados Democráticos de que nenhuma pessoa pode ser desapossada de seus bens sem que antes lhe seja assegurado o direito de se defender e, acima de tudo, no exercício

dessa defesa, lançar mão de todos os instrumentos que estejam previstos no ordenamento.

No âmbito penal, em que se cuida dos mais importantes bens jurídicos do indivíduo, a exemplo da vida e liberdade, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 fincou normas de proteção tanto para a coletividade como para o indivíduo. Ao tratar da imposição de sanções no âmbito penal, estabeleceu a Lei Maior que ninguém seria considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII da CF/1988).

Por outro lado, prevê também a Carta Magna que as lesões, quando ocorrerem, deverão ser levadas ao Judiciário que deve fornecer uma tutela eficiente e acima de tudo efetiva.

Pois bem, foi nesse contexto que surgiu nos últimos anos a discussão sobre que momento deve uma pessoa que foi julgada pelo Poder Judiciário e a quem foi aplicada uma pena, deva ela iniciar o seu cumprimento.

A discussão gira em torno de dois princípios constitucionais asseguradores de direitos fundamentais que entram em rota de colisão: de um lado, o indivíduo que tem ao seu favor o direito fundamental de não cumprir a pena antes de ser considerado culpado – o que só ocorre com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, de outro, o direito da coletividade a um sistema penal eficiente e eficaz, consubstanciado no princípio extraído do sistema constitucional de direitos fundamentais que proíbe que essa proteção se dê de forma deficiente.

Para a solução de colisões de princípios constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ensina Robert Alexy (2012), deve-se utilizar a técnica denominada por ele de ponderação de princípios que, ao contrário do conflito de regras (que se resolve pela técnica da declaração de invalidade de uma delas ou introduzindo-se uma cláusula de exceção), exige-se – sempre no caso concreto – o afastamento momentâneo de um deles em detrimento do outro, sem que jamais se declare qualquer deles inválido.

O presente artigo pretende verificar, à luz da doutrina da ponderação de princípios (valores) se a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) – que fixou a possibilidade de cumprimento de pena após julgamento em segundo grau de jurisdição – ofende em alguma medida o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Para tanto, será feita uma análise da decisão do Supremo no *habeas corpus* 126.292, que fixou tal entendimento.

A hipótese inicial é que, levando-se em conta os princípios jurídicos asseguradores dos direitos fundamentais envolvidos e, ponderando-se esses valores, o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância, não atinge o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de não culpabilidade.

Para tanto, o presente trabalho é dividido em três pontos bem específicos. Primeiro, cuida-se de exposição do conteúdo dos princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e da proibição de proteção deficiente.

Na sequência, pontua-se a doutrina da ponderação de princípios com base nas ideias de Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Em arremate, faz-se uma análise da decisão exarada pelo STF no *habeas corpus* 126.292, especificamente em relação à ponderação de princípios realizada pelos Ministros para se chegar a decisão, encerrando-se com análise sobre a compatibilidade ou não com o princípio da não culpabilidade.

A pesquisa desenvolveu-se mediante abordagem qualitativa, e dedicando-se à interpretação do fenômeno e atribuição de resultados, valendo-se de pesquisa bibliográfica - em livros e periódicos da área - documental e da jurisprudência - estudo e análise de 1 (um) julgado do STF.

II. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS EM DISCUSSÃO: A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

A principal discussão gira em torno da compatibilidade ou não da decisão do STF - que entendeu possível o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância - com a CRFB de 1988, especificamente com o princípio da presunção de não culpabilidade. Embora tenha-se presente que essa discussão envolve outros princípios constitucionais, percebe-se que os principais que gravitam em torno da abordagem são exatamente o da presunção de não culpabilidade e a proibição de proteção deficiente. Neste primeiro ponto, abordar-se-á estes dois princípios visando pontuar o conteúdo e alcance no âmbito da concretização destes direitos fundamentais.

1188

1. O princípio da presunção de não culpabilidade

Muitas têm sido as discussões travadas em torno do princípio da presunção de não culpabilidade. Os enfrentamentos vão desde a nomenclatura, sua origem, densidade, até sua extensão e aplicabilidade. No presente subtópico trataremos dessas questões.

Inicialmente, entende-se importante pontuar, que há quem se refira ao termo *presunção de inocência* e há aqueles que o denominam de *presunção de não culpabilidade*. A diferença terminológica decorre de que, nos documentos internacionais de direitos humanos, o princípio é quase sempre referido com a nomenclatura de “presunção de inocência”. Já na CRFB de 1988, o constituinte originário utilizou o termo “culpado” ao afirmar que *ninguém será considerado culpado* (...). Na jurisprudência usa-se os dois termos indistintamente. Há - em doutrina - quem afirme ser inútil apontar diferenças entre os termos, entendendo-os como equivalentes (BADARÓ, 2003).

Cuidando-se de norma princípio, há que se entender que ele possui abordagem diferente das normas regras. Robert Alexy nos expõe que o que diferencia uma

norma princípio de uma norma regra é o fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior extensão possível dentro de um quadro de condições fáticas e jurídicas, enquanto as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas:

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 somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. 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. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Assim como as regras, tem-se que as prescrições trazidas pelos princípios são obrigatórias, sendo firme a ideia, inclusive, de que o descumprimento ao princípio é a forma mais grave de descumprimento de normas, já que implicaria desobediência não só aquela norma específica, mas a todo o sistema de comandos daquele instituto. Se configuraria na mais acentuada ilegalidade ou inconstitucionalidade porque o alcance da quebra atinge todo o sistema e seus valores fundamentais, atingem-se as vigas de sustentação desses valores (MARTINS, 2004).

Ainda a título introdutório vale clarear a distinção entre direito e garantia fundamental. O primeiro se configura nos bens ou vantagens prescritos em favor da pessoa humana (vida, honra, liberdade, propriedade), ao passo que as garantias se conformam com os instrumentos, previstos também no Texto Maior, que possibilitam ao indivíduo proteger e exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam (MENDES, 2012).

Afirma-se que o princípio da presunção de não culpabilidade se configuraria ao mesmo tempo como um direito e uma garantia:

Pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência é tanto uma garantia quanto um direito fundamental, que protege e garante o exercício do direito fundamental à liberdade, mas protege e garante precipuamente o direito do cidadão de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença

penal condenatória; não deixando dúvida, portanto, de que se trata de um direito e de uma garantia individual (MARTINS, 2014).

O princípio da presunção de não culpabilidade tem sua origem na Roma antiga, por meio do surgimento da *in dubio pro reo*, sofrendo uma regressão durante a Idade Média, quando se inverteu os termos e o sentido, passando-se a ter a presunção de culpabilidade. Embora o princípio exista desde o direito romano, foi ele desprezado, posto de lado e até invertido, durante a Baixa Idade Média, a ponto de a dúvida naquela época levar à condenação, ainda que fosse a uma pena mais leve (FERRAJOLI, 2002).

Seguindo os passos da história, em 1764, tem-se a advertência de Cesare Beccaria³ que afirmava que nenhuma pessoa poderia ser considerada ré antes de uma sentença de um órgão jurisdicional, e as proteções da lei só poderiam ser-lhe retiradas quando se tivesse uma decisão certa de que ele havia violado os pactos da coletividade (BECCARIA, 1997).

Na sequência, ainda no século XVIII (1789) houve um renascimento do princípio com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴. Já no século XX (1948), veio ele a ser consagrado de forma ampla na Declaração Universal dos Direitos do Homem – art. 11⁵, elaborada pela Organização das Nações Unidas, seguidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950)⁶, pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966)⁷ e Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969⁸ (LIMA, 2016).

No Brasil, o princípio da presunção de não culpabilidade, veio a ser previsto de forma expressa apenas na CRFB de 1988 ao estabelecer de forma clara e objetiva – art. 5º, inciso LVII – que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, cuidando-se de um direito fundamental

³ “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada” (BECCARIA, 1997, p. 69).

⁴ DDHC/1789: art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

⁵ DUDH/ONU/1948 – art. 11. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa

⁶ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais/1950: art. 6º.2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

⁷ Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos/1966: art. 14.2. Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei.

⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos/1969: art. 8º.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

processual. Afirma-se, porém, que esta norma não é nova, isto é, não surgiu com a Constituição Cidadã. Desde a Constituição de 1967/1969 já existia norma sobre tal princípio – art. 153 § 36⁹. Não se tratava de previsão expressa na EC nº 1/1969, mas era ela decorrente desta norma, que definia exatamente que a especificação dos direitos e garantias expressos naquela Constituição, não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adotava (MENDES; BRANCO, 2012).

Tratando do significado do princípio da presunção da não culpabilidade apontam-se três significados que são decorrentes das legislações internacionais e da CRFB de 1988. Em primeiro lugar, prevê garantias para o acusado diante do Estado no exercício do poder punitivo. Segundo, dá proteção ao acusado no processo penal, já que, presumindo-se que ele é inocente, não lhe deve ser imposto medidas restritivas de seus direitos. Por fim, cuida-se de uma norma de comportamento dirigida ao juiz que somente deve emitir uma sentença de mérito caso a acusação consiga demonstrar de forma cabal a responsabilidade do acusado, impondo-se a absolvição em caso de não ser provada ou mesmo quando restar dúvida (SILVA, 2001).

2. Princípio da proibição de proteção deficiente

Entende-se importante a abordagem deste princípio para o presente trabalho, tendo em vista que é, principalmente, ele que se apresenta como contraponto na discussão sobre o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância. É certo que o princípio não está expresso na CRFB de 1988 com esta nomenclatura, todavia sua presença em diversos dispositivos é incontestável, conforme demonstrar-se-á a seguir. Ademais, nos termos da própria Carta Constitucional, os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou até mesmo dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5^o, § 2^o da CF/1988).

Pois bem, o princípio da proibição de proteção deficiente se apresenta como uma face renovada do princípio da proporcionalidade. Seu fundamento se sustenta exatamente num olhar mais amplo de aplicação dos direitos e garantias fundamentais que, ao lado da exigência de proteção à pessoa individualmente, também garante uma proteção ampla às pessoas vistas coletivamente, como grupos, como comunidade. Assim, se por um lado, a proporcionalidade se mostra como exigência de proibição de excesso por parte do Estado, de outro,

⁹ EC Nº 1/1969 – art. 153 § 36: Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

indubitavelmente exige que este mesmo Estado responda de forma eficaz às necessidades de segurança da coletividade. Neste sentido Streck expõe:

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, (...) *esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.* (STRECK, 2018).

No mesmo sentido as lições de Ingo Sarlet esclarecendo esta segunda face do princípio da proporcionalidade:

(...) a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, *já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados* (SARLET, 2004).

Não se pode deixar de contextualizar que, nos dias atuais, observa-se uma dificuldade crescente, na prática jurídica, especificamente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais. O tempo todo vê-se embates neste campo, sempre quando se tem o confronto entre o grau de proteção de um direito individual em face de direitos metaindividuais. É que os direitos fundamentais e sua concretização, desde o início, se deram sob o paradigma liberal-individualista, exatamente porque nascem eles para coibir as intromissões exacerbadas do Estado no âmbito da vida privada das pessoas, o que a doutrina costuma denominar de primeira dimensão, que visava proteger estes direitos, a exemplo da liberdade, expressão, locomoção, vida etc. Todavia, a proteção a estes direitos, não pode jamais excluir a proteção aos demais direitos de natureza coletiva (GAVIÃO, 2008).

Surge, pois, a necessidade de enfrentamento dessa questão. Ao passo em que se deve proteger os direitos fundamentais individuais, ao mesmo tempo não se pode deixar de proteger os direitos fundamentais coletivos, a exemplo da segurança das pessoas, da saúde, educação, apenas para citar alguns que são eminentemente de cunho coletivo. Assim, não se pode interpretar e, por sua vez, criar a norma de

concretização, sem que se leve em consideração todos os sistemas jurídicos, que deve ser entendido como um todo e não como partes isoladas. Neste sentido:

Da mesma maneira que a filosofia contemporânea repudiou a razão monológica como expressão de um ultrapassado individualismo, também o Direito reprova essa espécie de solipsismo hermenêutico que isola a parte das finalidades axiológicas do todo. O Direito é posto como totalidade valorativa. Não como mera soma de partes, mas como permeável unidade ou centro de sentido a que estão ordenados todos os seus fragmentos. Nessa medida, o lúdimo processo hermenêutico exige a mediatização dos preceitos singulares através da unidade substancial e teleológica do sistema. Uma norma particular não se pode converter, num misto de idolatria e rigidez, em cláusula espoliativa dos anelos axiológicos do sistema (PASQUALINI, 1995, p. 98).

A partir das ideias apontadas, pode-se chegar a uma definição do princípio da proibição de proteção deficiente que se consubstancia como uma das faces do princípio da proporcionalidade e vai se configurar como o dever do Estado de agir de forma ativa e efetiva na proteção dos direitos fundamentais, tanto do ponto de vista individual como coletivo e, neste último sentido, está o Ente Estatal obrigado a tomar todas providências de forma adequada a garantir a segurança da coletividade em todos os sentidos. No âmbito penal, pode-se dizer que o Estado necessariamente deve produzir atos que sejam capazes de – quando qualquer indivíduo violar estas normas e causar danos à harmonia social estabelecida – puni-lo de forma eficaz e capaz de trazer de volta, na medida das possibilidades, o bem jurídico atingido ao estado anterior.

A doutrina aponta que a proibição de proteção deficiente foi reconhecida pela primeira vez no Tribunal Constitucional Alemão ao decidir o segundo caso sobre o aborto, tendo aquela Corte afirmado que o legislador, em razão do mandamento emanado da Constituição, estaria obrigado a observar a proibição da proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional e que, ao fazê-lo estaria exercendo a tutela de direitos fundamentais. Além disso afirmou ainda que o Estado deveria tomar medidas suficientes ao seu cumprimento de dever de tutela que fizessem com que se alcançasse uma tutela adequada e eficaz. Finalmente pontuou que, a omissão do Estado violaria a proibição de insuficiência e, neste caso, sujeito a controle jurisdicional constitucional (FELDENS, 2012).

III. A PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS NA VISÃO DE

ROBERT ALEXY

Trata este ponto de expor as principais bases da ponderação de valores/princípios na visão de Robert Alexy, exposta em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Entende-se de suma importância essa abordagem em razão do tópico seguinte – análise da decisão do STF no *habeas corpus* 126292/SP.

A CRFB de 1988 estabeleceu uma nova ordem constitucional, firmando como forma de Estado o Democrático de Direito. Com isso os poderes constituídos passaram necessariamente a agir sob esta diretiva, buscando, em todos os seus atos, a concretização dos direitos e garantias individuais postos, buscando atingir, de forma ampla, uma justiça social. Nesta linha de orientação, estabeleceu como um de seus fundamentos – o principal – a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os atos, quaisquer que sejam eles (legislativos, judiciais ou executivos) somente serão legítimos se, não só do ponto de vista formal, mas, sobretudo, na perspectiva de concretização material, respeitarem este fundamento principal (GOMES FILHO, 2013).

Os direitos fundamentais sem dúvida se apresentam com as perspectivas subjetiva e objetiva. A primeira, diz respeito às posições jurídicas do indivíduo frente ao Estado que, neste sentido, possui a faculdade de exigir ações ou abstenções do poder público, que lhes assegure a fruição dos bens jurídicos protegidos nas normas fundamentais. Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais se configuram nas decisões valorativas de natureza jurídico-objetivas constantes da Constituição que consagram os valores mais importantes, que abarcam não apenas a esfera individual, mas também a coletiva (PORPINO, 2016).

A doutrina que trabalha os direitos fundamentais, especialmente na sua face concretizadora, informa que as estruturas normativas que trazem a previsão de direito fundamental estão sempre em estado de tensão quando encaradas do ponto de vista teórico, já que a proteção normativa que conferem se limita por outras que trazem proteção a bens e valores distintos. Do ponto de vista teórico esta tensão não se caracterizará como uma antinomia, já que os bens jurídicos objetos da proteção não são desarmoniosos entre si. O conflito poderá ocorrer, entretanto, quando da aplicação em um caso concreto, já que o reconhecimento do bem ou valor poderá implicar na negação ou mesmo limitação de outro (também protegido) por norma constitucional diferente. É o que se denomina de colisão entre normas de direito fundamental (XEREZ, 2014).

Pois bem, como dito, na concretização dos direitos fundamentais, as normas constitucionais que consagram os valores poderão entrar em conflito. Isso ocorre quando uma norma consagra um princípio específico e, no momento da concretização, se choca frontalmente a outro valor da mesma categoria também ali previsto. Exemplos não faltam nesta seara: o princípio da publicidade e o princípio do direito à intimidade; a livre iniciativa com a proteção do consumidor; direito

de propriedade e função social da propriedade; segurança pública e liberdades individuais; direitos da personalidade e liberdade de expressão, dentre outros (BARROSO, 2003).

Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Robert Alexy (2012) denomina esses conflitos como “colisão entre princípios”. Alexy diferencia as colisões e solução entre os princípios das que ocorrem entre regras. Pontua que um conflito entre regras se resolve por meio de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas. Ao contrário, as colisões entre princípios, quando verificadas, devem ser solucionadas por meio do que denominou de ponderação, sendo que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, não significando que o princípio que cedeu deva ser declarado inválido. Nas palavras do autor:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, em que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência (ALEXY, 2009, p. 93).

1195

Segundo essa mesma linha de raciocínio, sobre a forma de solução no caso dos conflitos entre princípios consagradores de direitos fundamentais, são esclarecedoras a exposição de Rafael Xerez:

Não é possível a solução de colisão entre normas de direito fundamental mediante o estabelecimento de uma hierarquia a priori de valores constitucionalmente protegidos. Todos os bens e valores consagrados em normas de direito fundamental gozam do mesmo grau de proteção jurídica, não havendo como identificar, *in abstracto*, valores que se sobreporiam a outros. Resta, portanto, afastada a possibilidade de fixação de relações de prevalência abstratas ou absolutas entre direitos fundamentais (XEREZ, 2014, p. 172).

Para explicar a ponderação de valores, Alexy cita um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que se conflitavam o direito de participação em uma audiência penal (o acusado não poderia participar devido “à tensão desse tipo de

procedimento” correndo ele “o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto”) e o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal. Os bens jurídicos conflituosos eram valores consagrados pela Constituição Alemã. A solução só poderia ser dada pelo sopesamento dos valores no caso concreto. Relata Alexy:

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só”, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto: “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição (ALEXY, 2009, p. 95).

Fica claro, nos ensinamentos do autor Alemão, como a colisão entre os princípios se resolve. Dá-se sempre em face do caso concreto enfrentado, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada entre os princípios em análise, com a fixação de condições sob as quais um princípio teria precedência em face do outro. Fica, pois, evidente que a prevalência se dá sob as condições apresentadas e, por isso mesmo em outro caso e sob condições diversas a precedência pode-se dar de forma exatamente oposta (ALEXY, 2009).

IV. CASUÍSTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CUMPRIMENTO DA PENA APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. O *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado algumas vezes, nos últimos anos, casos concretos envolvendo o tema sobre a possibilidade do cumprimento de pena após a decisão de segunda instância. Já sob a égide da CRFB de 1988, o entendimento da Corte Suprema tem oscilado. Afirmou ser constitucional esta possibilidade em diversas ocasiões¹⁰ vindo a mudar seu posicionamento em

¹⁰ Tais ocasiões foram nos seguintes acórdãos: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC

fevereiro de 2009 (HC 84.078/MG) quando assentou que a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação, se mostrava incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade. Atualmente este entendimento já foi, novamente, superado.

Por envolverem princípios constitucionais fundamentais, as discussões giram sempre em torno da colisão entre esses valores que estão previstos na Constituição e, por esta razão, o tema foi objeto de escolha para análise. O caso que será analisado a seguir foi tratado no Habeas Corpus 126.292/SP em 2016, e se originou do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. O caso tratado no *Habeas Corpus* 126.292/SP

O caso levado a julgamento pelo STF por meio do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP se refere a um acusado/paciente que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do Código Penal). O julgamento plenário se deu aos 17/02/2016, tendo como Relator o Ministro Teori Zavascki.

No julgamento de primeira instância o magistrado, na sentença, condenou o acusado e concedeu a ele o direito de recorrer em liberdade. Inconformado com a condenação, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o condenado para fins de cumprimento da pena. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, onde foi negado o pedido de liminar, ao fundamento de que não caberia a via eleita (HC) em face de decisão de Tribunal atacável por meio do Recurso Especial.

Impetrou, pois, o HC ao STF – onde recebeu o número 126.292 – alegando que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teria determinado a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva, tendo sido a segregação determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tivesse transitado em julgado”, o que estaria em dissonância com a jurisprudência do STF, consagrado por meio do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno de 26/2/2010).

Em razão da relevância da matéria, o julgamento foi afetado ao Plenário do STF onde se decidiu que “a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

1.1. Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus 126.292/SP¹¹

A seguir, ainda que de forma resumida, serão expostos os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo para fixarem o entendimento acima referido. No subponto seguinte proceder-se-á a análise dos votos e dos valores constitucionais abordados pelos membros do Plenário, visando verificar a colisão de princípios e a forma como os mesmos realizaram o sopesamento para chegar ao entendimento que prevaleceu.

O Ministro Relator – Teori Zavascki - inicia seu voto afirmando que a decisão, necessariamente, deveria se dar por meio da reflexão entre o alcance do princípio da presunção da não culpabilidade (...) e a efetividade da função jurisdicional penal, que deveria atender a valores caros aos acusados, mas também caros à sociedade, diante da realidade do complexo sistema de justiça criminal. Fica evidente que estar-se a encarar a colisão destes dois valores constitucionais fundamentais e, diante disto, a solução somente se poderia dar por meio do sopesamento desses valores. Pontua o fato de ser característico aos julgamentos de segunda instância o exaurimento da matéria fático-probatória, assim como a inexistência, em regra, dos efeitos suspensivos aos recursos extraordinários¹².

Na sequência, chama o Ministro a atenção a respeito do fato de que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da não culpabilidade tem causado, ao invés de efetividade da justiça, a inibição da responsabilidade penal pelos atos praticados¹³. Neste ponto, o Ministro deixa claro

¹¹ HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE: MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. COATOR: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 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 denegado.

¹² Trecho 1 - voto do Ministro Teori Zavascki (HC 126192): "(...) tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990".

¹³ Trecho 2 - voto do Ministro Teori Zavascki (HC 126192): "(...) não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados

o confronto entre os bens jurídicos fundamentais, sendo que de um lado estaria o princípio da presunção de não culpabilidade e do outro a possibilidade de efetividade da justiça penal o que configuraria uma agressão ao direito fundamental da proibição da proteção deficiente.

Finaliza seu voto fazendo a ponderação entre os princípios da presunção de não culpabilidade e da proibição de proteção deficiente (necessidade de efetividade da justiça penal), votando no sentido de que, no caso concreto, o STF, firmasse a prevalência do princípio da proibição da proteção deficiente que – no caso - se consubstanciaria com a autorização do cumprimento da pena a partir do julgamento em segunda instância, dando efetividade ao processo como meio de realização do *jus puniendi* estatal, resgatando sua inafastável função institucional. Agindo assim, na visão do Relator, estaria o Tribunal harmonizando de forma legítima (sopesamento) o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado pois, faria prevalecer um princípio em detrimento do outro, sem invalidá-lo ou expurgá-lo do sistema.

O Ministro Edson Fachin adotou os mesmos argumentos do Relator. O Ministro Luís Roberto Barroso seguiu a mesma linha e pontuou que, em se cuidando de condenação em segundo grau de jurisdição, já tinha sido demonstrada a responsabilidade penal do réu, pois findas a fase de apreciação de fatos e provas. Dessa forma, “o princípio da presunção de inocência adquiriria menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal que receberia reforço pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua face positiva, que é a proibição de proteção deficiente”.¹⁴

propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória” (ALEXY, 2009, p. 93).

¹⁴ Trecho 3 - voto do Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.192): “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. (...) Não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988”.

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Relator, e acrescentou um argumento singular, ao afirmar que a coisa julgada se vincula intimamente a ideia de imutabilidade de toda ou mesmo de alguns capítulos da decisão, sendo que, em sua visão, seria o que ocorre no caso penal quando do julgamento de segunda instância, pois a decisão, ao menos em regra, se tornaria imutável, indiscutível (fatos e provas), porque não passível de análise – neste campo – pelo Tribunal Superior.

A Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes seguiram o relator. Ela enfatizou que nas ocasiões anteriores – enfrentadas pela Corte sobre o mesmo tema – já teria votado pela compreensão da possibilidade de execução da pena após o exaurimento da fase probatória, exatamente sopesando os bens jurídicos envolvidos e harmonizando-os o que, repetiria, no caso.

A Ministra Rosa Weber votou por manter a jurisprudência até ali consolidada desde 2009 (HC 84.078/MG), entendendo pela impossibilidade de cumprimento da pena após decisão de segunda instância. No mesmo sentido o voto do Ministro Marco Aurélio, que enfatizou que, a seu entender, o princípio da não culpabilidade não permitiria interpretações, seguindo a máxima de que onde há clareza e precisão de texto, cessaria a interpretação, sob pena de reescrever a norma jurídica. Foi esse também o entendimento dos Ministros Celso de Melo e Ricardo Lewandowski que votaram no sentido de não se admitir o cumprimento da pena após a decisão do Tribunal de segunda instância, afirmando não haver como entender-se o esvaziamento da presunção de inocência de forma progressiva de acordo com a instância, só podendo a decisão condenatória prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵

1.2. Análise dos argumentos expostos nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus 126.292/SP

Analisando os votos dos Ministros no *Habeas Corpus* 126.292, verifica-se, sem dúvidas, que a questão discutida envolve o conflito de princípios constitucionais consagradores de direitos fundamentais. De um lado, o princípio da presunção de não culpabilidade que, na sua literalidade, aponta que ninguém pode ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória definitiva e, de outro,

¹⁵Trecho 4 - voto do Ministro Celso de Melo (HC 126.192): “A presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”.

a eficiência do sistema punitivo criminal, consubstanciado no princípio constitucional implícito da proibição de proteção deficiente.

Ora, a se fazer prevalecer, no caso concreto enfrentado, o princípio da presunção de não culpabilidade na sua extensão absoluta, não se poderia determinar a execução da pena do paciente, já que encontravam-se pendentes de julgamento recursos extraordinários (em sentido amplo) nos Tribunais Superiores, o que, ao menos formalmente, entendia-se que não teria ainda incidido o instituto da coisa julgada o que, por consequência, impediria o cumprimento de qualquer sentença no âmbito de discussão.

Por outro lado, dando-se prevalência à efetividade do sistema criminal, haver-se-ia de determinar-se o cumprimento da pena, afastando o primeiro princípio. Portanto, como pontuou o Ministro Relator e os que seguiram seu voto, a solução do conflito, por envolver princípios constitucionais, exigiria a utilização do método de sopesamento de valores, nos termos preconizados por Robert Alexy¹⁶.

Pois bem, utilizando-se do sopesamento de valores, o Ministro Relator afirmou que, no caso concreto, deveria prevalecer o princípio da efetividade do sistema criminal, atendendo-se à exigência de proteção eficiente por parte do Estado, ainda mais que o afastamento do princípio da presunção da não culpabilidade não comprometeria o núcleo essencial do direito fundamental, já que ao acusado fora dispensada a condição de inocente/não culpável durante todo o andamento do processo ordinário criminal – em que se discutem fatos e provas.

Os argumentos trazidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso demonstram ter ele, como o fez o Relator, se servido da ponderação dos princípios constitucionais envolvidos. De acordo com sua visão, a proibição de proteção deficiente – executando-se a pena ao condenado em segunda instância, ainda que pendentes julgamento de Recurso Extraordinário (RE) e de Recurso Especial (REsp) – deveria prevalecer no caso concreto considerado, afastando-se a aplicação de forma absoluta da presunção de não culpabilidade – que possuía menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional de efetividade da lei penal¹⁷. Dessa forma

¹⁶ “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, em que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

¹⁷ Trecho 5 - voto do Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126192): “A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico

se estaria promovendo outros relevantes bens jurídicos constitucionais, a exemplo da vida, segurança, etc.

Os votos divergentes (vencidos) argumentaram que o princípio da não culpabilidade jamais poderia ceder lugar a qualquer outro valor constitucional o que, ocorrendo, atingiria de forma fatal o direito humano do acusado. Vê-se, pois, que esses Ministros entenderam ser o princípio da presunção de não culpabilidade um valor absoluto que não deveria ceder a qualquer outro. Tal entendimento parece ir de encontro ao entendimento consagrado de que nenhum direito (ainda que fundamental) possui caráter absoluto.

V. CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente trabalho com o objetivo de se verificar, tendo como pano de fundo a doutrina da ponderação de valores constitucionais exposta por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, se a aplicação de pena criminal após o julgamento em segunda instância pelos Tribunais ofenderia ou não o princípio da presunção de não culpabilidade, consagrado em nossa Constituição Federal (CRFB) de 1988 no catálogo dos direitos fundamentais.

Inicialmente, pontuou-se que a questão discutida envolveria, sem dúvida, o conflito entre valores constitucionais caros tanto à pessoa humana, individualmente considerada, quanto à coletividade.

No caso concreto trabalhado – o julgamento pelo STF no *Habeas Corpus* 126.492/SP - a discussão se deu em torno do conflito entre os princípios da presunção de não culpabilidade e a exigência de eficiência do sistema criminal sob o olhar do direito fundamental implícito de proibição da proteção deficiente.

O princípio da presunção da não culpabilidade, conforme apontamentos doutrinários, possui vários significados, que se extraem da CRFB e também das legislações internacionais. Uma leitura literal e isolada da previsão constitucional, sem dúvidas, leva ao entendimento de que, não se poderia aplicar uma pena a alguém sem que se tivesse, nos termos processuais, o esgotamento de todos os recursos em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Por outro lado, não há dúvidas de que, uma leitura sistemática da Constituição (art. 5º, § 2º da CRFB/1988), especificamente das normas consagradoras dos direitos fundamentais, extrai-se que se encontra firmado o princípio da proibição da proteção deficiente. Tal princípio se consubstancia como uma das faces do princípio da proporcionalidade e vai se configurar como o dever do Estado de agir de forma ativa e efetiva na proteção dos direitos fundamentais. Na seara penal, pode-se dizer

da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal”.

que o Estado necessariamente deve produzir todos os atos que sejam capazes de – quando qualquer indivíduo violar estas normas e causar danos à harmonia social estabelecida – puni-lo de forma eficaz e capaz de trazer de volta, na medida das possibilidades, o bem jurídico agredido ao estado anterior.

Expondo a doutrina de Robert Alexy a respeito dos conflitos entre princípios, Rafael Marcílio Xerez (2014) explica que o conflito poderá ocorrer quando da aplicação em um caso concreto, já que o reconhecimento de um bem ou valor poderá implicar na negação ou mesmo limitação de outro (também protegido) por norma constitucional diferente.

Robert Alexy (2012) pontua que na “colisão entre princípios” um dos princípios terá que ceder. Um tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Diferenciando as colisões entre os princípios das que ocorrem entre regras, explica que um conflito entre regras se resolve por meio de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas. Entre princípios devem ser solucionadas por meio da ponderação, não significando que o princípio que cedeu deva ser declarado inválido. Em outra situação concreta e sob outras condições o cedente poderá se sobrepor ao prevalente no caso anterior.

No caso concreto levado a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* 126.292/SP, buscou-se definir se seria possível aplicar-se a pena a um condenado em primeira instância, cujo julgamento já fora confirmado em segundo grau de jurisdição, estando pendente recursos extraordinários. O que se queria responder era: a determinação de cumprimento da pena, nestes termos, atendendo-se aos valores de exigência de um sistema criminal eficiente em homenagem à proibição de proteção deficiente por parte do Estado, ofenderia em alguma medida o princípio da presunção de não culpabilidade?

No caso sob análise do Tribunal, a maioria dos votos prevaleceu no sentido de que seria possível o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância, ao entendimento de que, ponderando-se os princípios constitucionais em colisão, o princípio da presunção de não culpabilidade não deveria receber uma leitura literal e absoluta, já que nas circunstâncias em que o caso concreto foi apresentado, a exigência de um sistema criminal eficiente, atendendo-se o princípio de proibição de proteção deficiente, se apresentava com maior peso.

Dessa forma, entendeu a maioria dos Membros do STF que o princípio da presunção de não culpabilidade deveria ceder espaço, prevalecendo o princípio da proibição de proteção deficiente, consubstanciado na exigência de um sistema criminal eficiente e efetivo. Frise-se que os Ministros chegaram a este entendimento utilizando-se a técnica da ponderação de princípios (valores) constitucionais exposta por Robert Alexy em sua obra. Relevante ainda pontuar, como o fizeram em seus votos, que a prevalência do princípio da proibição de proteção deficiente em detrimento do princípio da presunção absoluta de não culpabilidade se deu no caso concreto, o que não invalida ou excepciona-se a força

normativa do princípio cedente. Em outro caso e, sob novas condições, o contrário poderá ocorrer.

Conclui-se, pois que, o reconhecimento da possibilidade de cumprimento de pena a partir do julgamento em segunda instância, sob o prisma da ponderação de valores constitucionais fundamentais, não ofende o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. O que se tem é a definição, por meio de técnica legítima e reconhecida (ponderação de princípios), a solução de um conflito entre bens jurídicos fundamentais, em que um deles cede espaço – no caso concreto – a outro bem igualmente fundamental. E, repise-se, o princípio cedente não perde espaço no arcabouço jurídico dos direitos fundamentais protegidos, até mesmo porque, como bem pontua Roberto Alexy, em um outro caso concreto e sob outras condições, o cedente poderá eventualmente prevalecer.

A título de consideração final, tem-se a deixar claro que, por tratar-se de tema extremamente polêmico, pensa-se que o debate deve continuar, não necessariamente para que se mude o atual entendimento, mas visando sempre o aperfeiçoamento do sistema e buscando sempre a concretização na maior medida possível dos direitos fundamentais reconhecidos, protegidos e garantidos pela CRFB de 1988, já que, como bem pontua a doutrina:

[...] a interpretação das normas jurídicas transcende a mera explicação descritiva de textos normativos. (...) [mas também], em igual medida, da formulação de juízos axiológicos aptos a revelarem os valores contidos em tais normas e utilizados como parâmetro para definição dos modelos de conduta por elas prescritos". (XEREZ, 2014)

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lúcia Guidicini, Alessandra Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 61, mai./out. 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MARTINS, Denilson José. **Proibição da prova ilícita: garantia de direitos fundamentais no estado democrático de direito**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

MARTINS, Denilson José SILVEIRA, Rafael Rodrigues. A atuação da mídia e a ofensa ao princípio da presunção de inocência. **Revista Perquirere**, p. 1-16, jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gunet. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, v. 7, n. 4, out./dez. 1995.

PORPINO, Isabela Veras Sousa. Constituição e proporcionalidade: direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17877>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim**, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do Princípio Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dupla-face-do-princproporcionalidade-e-o-cabimento-de-mandado-de-seguranca-em-materia-crimi>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização Dos Direitos Fundamentais**: Teoria, Método, Fato e Arte. São Paulo: Lumen Juris, 2014.