

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

FACULDADE DE DIREITO – CAMPUS NATAL

NELSIMAR DE SOUSA SANTOS

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL ANTE A MOROSIDADE PROCESSUAL**

NATAL/RN

2017.1

NELSIMAR DE SOUSA SANTOS

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL ANTE A MOROSIDADE PROCESSUAL**

Artigo apresentado como requisito obrigatório de aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC II) do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Carlos Sérgio Gurgel da Silva.

NATAL/RN

2017.1

NELSIMAR DE SOUSA SANTOS

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL ANTE A MOROSIDADE PROCESSUAL**

Artigo apresentado como requisito obrigatório de aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC II) do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Carlos Sérgio Gurgel da Silva.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Carlos Sérgio Gurgel da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Professor Mestre Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Professor Mestre Marcelo Roberto Silva dos Santos
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTE A MOROSIDADE PROCESSUAL

Nelsimar de Sousa Santos¹

RESUMO: O alto índice de criminalidade e a morosidade processual na solução dos delitos tem causado na população brasileira, sensação de impunidade. Motivado por esse cenário jurídico e social, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas corpus* 126292, prolatou sentença que antecipa a execução da pena após decisão de segunda instância. Em virtude disso, emergiu-se no âmbito jurídico, uma acentuada discussão, se esse posicionamento fere o princípio da presunção de inocência. Partindo dessa premissa, nota-se que existe um confronto de direitos fundamentais entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade processual. Em sendo assim, o presente trabalho dedica-se a analisar, tomando como parâmetro a referida decisão, a efetividade e eficácia do princípio da presunção de inocência em face da morosidade processual sem com que isso incorra na inobservância do princípio da efetividade processual. O núcleo do trabalho consiste em como esses princípios devem coexistir para que o processo penal consubstancie-se em instrumento de pacificação social. Porquanto, através de uma pesquisa exploratório-descritiva que se valeu de fontes bibliográficas, concluiu-se que estes princípios não são absolutos, e que em circunstâncias excepcionais, deve prevalecer a interpretação mais razoável em detrimento da aplicação direta da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Habeas corpus 126292. Princípio da presunção de inocência. Colisão entre princípios. Hermenêutica constitucional. Proporcionalidade.

ABSTRACT: The high crime rate and procedural slowness in solving crimes has caused a feeling of impunity in the Brazilian population. Motivated by this legal and social scenario, the Federal Supreme Court, in judgment of Habeas corpus 126292, issued a judgment that anticipates the execution of the sentence after a second instance decision. As a result, a strong discussion has emerged in the juridical field, whether this position violates the principle of presumption of innocence. Based on this premise, it is noted that there is a confrontation of fundamental rights between the principle of presumption of innocence and the principle of procedural effectiveness. Thus, the present work is devoted to analyzing, taking as a parameter the aforementioned decision, the effectiveness and efficacy of the principle of presumption of innocence in the face of procedural delays, without incurring in non-compliance with the principle of procedural effectiveness. The core of the work is how these principles must coexist so that the criminal process becomes an instrument of social pacification. Because, through exploratory-descriptive research using bibliographical sources, it was concluded that these principles are not absolute, and that in exceptional circumstances, the most reasonable interpretation should prevail over the direct application of the norm.

KEYWORDS: Habeas corpus 126292. Principle of presumption of innocence. Collision between Principles. Constitutional hermeneutics. Proportionality.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, e-mail: nelsimarss@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noções gerais acerca das normas constitucionais; 2.1. Neoconstitucionalismo e a força normativa da constituição; 2.2. Efetividade das normas constitucionais; 2.3. Interpretação da Constituição; 3. Princípio da presunção de inocência e princípio da efetividade processual à luz da decisão que julgou o habeas corpus 126296; 3.1. Considerações gerais da decisão; 3.2. Princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro; 3.3. Princípio da efetividade como garantia do processo penal; 4. Princípio da presunção de inocência x princípio da efetividade processual; 4.1. Conceito e distinção entre regras e princípios; 4.2. Conflito entre regras e colisão entre princípios; 4.3. A proporcionalidade como meio eficaz para resolução de colisão entre princípios; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Introdução

É notável, na atual conjuntura social e política pela qual passa o país, mais precisamente nas duas primeiras décadas do século XXI, o alto índice de criminalidade. Também não é menos verdade, que existe uma grande morosidade processual no tocante ao julgamento desses delitos. Esse cenário faz emergir, indubitavelmente, nas várias classes sociais, uma sensação de impunidade sem precedentes que acaba por macular direitos e garantias constitucionais.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal prolatou sentença penal condenatória, objetivando uma resposta aos anseios sociais que, por conseguinte, tem levantado polêmica no âmbito doutrinário e jurisprudencial com fulcro no debate acalorado no que concerne à observância ou não do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.

Neste sentido, tem-se levantado uma grande celeuma referente à decisão do STF em julgamento do HC 126292 de 17 de fevereiro de 2016, que por maioria dos votos, o plenário entendeu, que a execução da pena após confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio da presunção de inocência.

O cerne da problemática tem se estabelecido na ofensa ou não, desta decisão, ao princípio constitucional da presunção de inocência. Impulsionados por esta querela jurídica, inúmeros operadores do direito trazem a baila discussões a cerca do tema que, apesar de ser uma decisão recente da Suprema Corte, é por si só motivadora para a confecção do presente artigo.

Partindo desse pressuposto, salienta-se que o assunto é extremamente complexo, podendo ser analisado por vários vieses. No entanto, o estudo ao qual se pretende aprofundar, será realizado sob o prisma do confronto entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade processual. Far-se-á, dessarte, uma apresentação de como esses

princípios devem coexistir para que um não venha eliminar o outro, posto que, a busca desenfreada por maior celeridade processual não aniquile o núcleo essencial do princípio da presunção de não culpabilidade, e por outro lado, que este, não torne o processo sem efetividade, colaborando assim, com a impunidade.

Diante do exposto, a coexistência desses princípios deve, necessariamente, ser buscada através da harmonização entre eles. Contudo, imprescindivelmente surge a pergunta: como se buscar essa harmonização, levando-se em consideração o ordenamento jurídico vigente? Neste caso, em termos constitucionais, a proporcionalidade tem papel relevante no sopesamento entre esses dois princípios, referenciando-se como parâmetro para o devido equilíbrio entre princípios antagônicos em determinados casos concretos.

O objetivo geral do trabalho consubstancia-se em analisar, tomando como parâmetro a referida decisão do STF, a efetividade e eficácia do princípio da presunção de inocência em face da morosidade processual sem com que isso incorra na inobservância do princípio da efetividade processual.

É importante ressaltar, que o tema que será explorado tem um valor imensurável para a sociedade, no sentido de que, o processo penal deve ser efetivado num lapso de tempo razoável para que a justiça de fato e de direito seja cumprida e que a aplicação do princípio da não culpabilidade cumpra seu papel constitucional, não sendo de bom alvitre, utilizá-lo como mero instrumento de “justiça particular” e assim colaborar como ferramenta para impunidade.

Nessa esteira, o interesse em desenvolver este trabalho surgiu da observação do atual cenário social de criminalidade pelo qual passa o país e da decisão polêmica do Superior Tribunal Federal.

Nota-se, assim, que a demanda exacerbada de processos no judiciário, em especial na esfera penal, tem preocupado por demais a todos que almejam um julgamento justo e célere. Na contramão desse empasse, observa-se uma grande morosidade processual que tem gerado uma sensação de impunidade sem precedentes, criando no âmbito da sociedade indignações e anseios por justiça. Em sendo plausível esta realidade, inevitável foi, tal situação não chegar à análise da Suprema Corte, que em julgamento do HC 126292, proferiu decisão que antecipa a execução da pena.

Metodologicamente, adotou-se para confecção e aprofundamento da pesquisa, fontes bibliográficas, sendo relevante, para isso, a análise de livros, legislações, jurisprudências e artigos científicos, além do auxílio da internet. Nesse contexto, a metodologia utilizada foi a exploratório-descritiva. Foi exploratória na medida em que fomentou a cognição do investigador a uma maior compreensão presente e futura do fenômeno estudado bem como

proporcionou uma maior interação ao fenômeno investigado. Por outro lado, revelou-se descritiva pela razão de descrever as características do fenômeno estudado e estabelecer relações entre as diversas variáveis que foram examinadas.

O primeiro tópico situará o tema na atual conjuntura vivida pelo Judiciário, e isso se fará dentro da ótica do neoconstitucionalismo e da força normativa da constituição, pontos fundamentais na labuta da compreensão da efetividade dos princípios da presunção de inocência e do princípio da efetividade processual. Finalizando o tópico, serão demonstrados os mecanismos de interpretação dessas normas jurídicas com o fim de concretizar essa efetividade.

Posteriormente, no segundo tópico, discorrer-se-á sobre os principais pontos que ensejaram a referida decisão que conseqüentemente culminou com a antecipação da pena depois de decisão prolatada em segunda instância. Em um segundo momento, será demonstrada a importância daqueles princípios no ordenamento jurídico brasileiro como verdadeiras normas constitucionais dotadas de imperatividade e de como precisam ser efetivadas para que os direitos e garantias fundamentais sejam de fato resguardados.

Por fim, no terceiro e último tópico, será analisado a colisão entre esses dois princípios e como se dará sua solução. Para tanto, a análise desse “conflito” aparente de normas, terá como parâmetro de resolução, a técnica da ponderação a luz do postulado da proporcionalidade.

2. Noções gerais acerca das normas constitucionais

2.1. Neoconstitucionalismo e a força normativa da Constituição

Qualquer ramo do direito que se pretenda estudar é de suma importância, com fins de aprofundar o debate, que se proponha uma análise constitucional do tema.

Tomando como parâmetro tal premissa, faz-se necessário, antes de adentrar as nuances do problema do presente trabalho, qual seja, como dar efetividade ao princípio da presunção de inocência sem que se perca a efetividade processual, uma breve análise temática da atual conjuntura jurídica do país, sendo relevante, nessa perspectiva, o fenômeno do neoconstitucionalismo que traz como apêndice a força normativa da Constituição.

O centro da discussão encontrará como instrumento norteador do pensamento a Constituição Federal de 1988, pois dela irradiam efeitos concretos sobre todos os ramos do direito, podendo ser conceituada, segundo Paulo Bonavides, do ponto de vista material “como um conjunto de normas pertinente à organização do poder, à distribuição da competência, ao

exercício da autoridade, á forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.”²

Nesse sentido, a constituição é a lei suprema e fundamental de um Estado é ela, como bem preceitua o nobre professor, quem determina a organização político-administrativa do Estado; nela estão contidos os direitos fundamentais que influenciam todo o ordenamento jurídico. Com efeito, o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem preconiza que “Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição”.³

Fica claro, dessarte, a importância das normas constitucionais na interpretação e solução das decisões judiciais, dado que, os institutos jurídicos devem ser interpretados à luz dos comandos constitucionais como bem adverte José Armando Ponte Dias Júnior:⁴

E dizemos comando porque esta é a visão que atualmente prevalece acerca da Constituição, considerando-a como um diploma de comandos, de ordens, de normas jurídicas dotadas de imperatividade, e com um caráter de superioridade e de centralidade em face de todo o ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, o eminente professor faz importante observação quanto à caracterização do constitucionalismo contemporâneo, o qual muitos dão o nome de neoconstitucionalismo, senão observe:⁵

Aliás, são precisamente a superioridade, a centralidade e a normatividade da Constituição, ao lado da incorporação explícita pelos textos constitucionais de valores e opções políticas e da expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do sistema constitucional (BARCELLOS, 2006), que caracterizam o fenômeno o qual vem dando a alcunha de *neoconstitucionalismo*, expressão que, com algum consenso na doutrina nacional se vem prestando para designar o momento vivido pelo constitucionalismo contemporâneo.

Evidencia-se, portanto, que a Constituição é uma norma jurídica que aglutina valores e mandamentos que basilam o legislador e o interprete através de suas regras e princípios nela contidos. Essa interpretação, por sinal, deve levar em consideração a realidade social, não

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 80.

³ Vale a pena citar a título de esclarecimento, quando da leitura desse dispositivo, os ensinamentos do professor J.J.Canotilho quando preconiza o conceito de Constituição moderna de caráter eminentemente liberal e adverte que a Constituição liberal deve apresentar os seguintes elementos: “(1) ordenação jurídico política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52).

⁴ DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e Moralidade: O Direito Fundamental à Moralidade das Candidaturas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

⁵ DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Op. cit.* p. 23-24.

podendo a norma ser interpretada em sua literalidade, fato que toma certa relevância na solução de questões constitucionais em que o interprete da norma enfrenta conflitos envolvendo direitos fundamentais, que necessariamente passam pelo crivo da ponderação de princípios, como ainda será explorado, cria-se, assim, um alargamento do poder dos juízes, constituindo-se no afloramento do que muitos se propuseram a denominar de ativismo judicial.

Nessa trilha, o constitucionalismo é um movimento político, histórico⁶, social e jurídico que tem como escopo limitar o poder do Estado através de uma Constituição, como bem assevera Puccinelli Júnior: “O constitucionalismo está ligado a movimentos voltados à limitação jurídica do poder e à preservação de direitos fundamentais.”⁷ Nesse sentido, não se exige a existência de uma Constituição escrita,⁸ sendo plenamente possível a presença do ideal constitucionalista na ausência de documentos solenes e formais.

Retomando o raciocínio por ora delineado a propositura da análise do atual momento vivido no país, qual seja o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, percebe-se, contudo, que ele tem o mister de edificar o Estado Constitucional de Direito e desta forma concretizar os direitos fundamentais, dar efetividade aos valores e princípios entronizados na carta magna, bem como dar uma nova roupagem a hermenêutica das normas constitucionais traduzido nos anseios sociais e por fim reconhecer a força normativa da Constituição com ênfase a imperatividade, supremacia e efetividade das normas nela contidas. Sintetizando o pensamento, Uadi Lammego Bulos⁹ resume o neoconstitucionalismo como um conjunto de novas ideias hauridas de uma nova teoria do direito que defende uma postura bem mais flexível, na qual o interprete das normas deve levar em consideração a realidade social e os valores inseridos nela.

Nesse diapasão, percebe-se nitidamente uma preocupação dos valores, da realidade vivenciada pela sociedade no momento em que se vai interpretar uma norma jurídica (regra

⁶ É importante salientar, que na presente dissertação, não será tratada a evolução histórica do constitucionalismo, por questões meramente formais e indubitavelmente por critério de objetividade. No entanto, a ausência desse requisito não trará prejuízo para a compreensão do que se propõe o artigo.

⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.25.

⁸ Barroso cita um caso esporádico em que o ideal constitucionalista se faz presente independente de constituição escrita, que é o do Reino Unido. Numa plena convicção de que um documento constitucional se não tiver legitimidade e aceitação pelo povo não consubstancia uma ordem jurídica em sua plenitude. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 2. ed. Saraiva. 2010. p. 14.)

⁹ O *neoconstitucionalismo* como conjunto de ideias hauridas de uma nova Teoria do Direito defende: “mais respeito a princípios, em vez de normas; mais direito constitucional, e não conflitos jurídicos desnecessários; mais trabalho judicial, em vez de criação de leis pelo Poder Legislativo (ativismo Judicial); e mais valores, no lugar de dogmas insdiscutíveis.” (BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.82).

ou princípio), não se está de certa forma, o intérprete, bitolado em aplicar a lei propriamente dita, traduzindo-se numa diáfana substituição do Estado legislador em estado constitucional.¹⁰

Com fulcro nessas características do neoconstitucionalismo, portanto, não se pode entender a decisão emanada do STF, que motivado pela realidade social impregnada de criminalidade e impunidade em que, dependendo do padrão financeiro de quem está sendo processado, o processo pode findar sem que os verdadeiros culpados sejam responsabilizados, sem antes entender o atual cenário constitucional Brasileiro, que se entende por neoconstitucionalismo.

Antes do século XX a Constituição era vista como um documento essencialmente político onde as decisões estavam condicionadas a conformação do legislativo e a discricionariedade do administrador, dentro dessa perspectiva, o Judiciário não tinha destaque nenhum na temática constitucional. Após aquele século, mais precisamente nos anos 80 e até os dias hodiernos, passou-se a debater no Brasil acerca da força normativa da Constituição. Nesse sentido Luís Roberto Barroso aduz que:¹¹

Atualmente passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

As constituições, outrora, não tinham aplicabilidade direta e imediata, padecendo assim, de imperatividade e conseqüentemente de força normativa como diz Luís Roberto Barroso: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do Século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”.¹²

¹⁰ Como aponta André Puccinelli, Traço marcante do neoconstitucionalismo é, portanto, a substituição do Estado Legislativo pelo Estado constitucional de direito, que aloca a Constituição no centro do sistema jurídico e confere roupagem axiológica às suas normas com a justiça social e a moralidade pública. Do ponto de vista material, a hierarquia entre as normas constitucionais e ordinárias já não é apenas formal, mas axiológica ou valorativa. A incorporação de valores e opções políticas, [...], associa-se á defesa da dignidade humana, que dominou o cenário jurídico após a segunda Guerra Mundial e motivou o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, com eficácia irradiante e vinculante tanto dos poderes públicos quanto dos particulares. (PUCCINELLI JÚNIOR. André. *Op. cit.* p. 28-29).

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Jus navigandi**, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-connstitucionalizacao-do-direito>>. acesso em: 20 de agosto de 2017.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Jus navigandi**, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-connstitucionalizacao-do-direito>>. acesso em: 20 de agosto de 2017.

Por esse ângulo, José Armando Ponte Dias Júnior faz importante observação:¹³

Nesse diapasão, portanto, é que busca o constitucionalismo contemporâneo realizar uma síntese proveitosa da constituição jurídica com a Constituição real, da legalidade com a legitimidade, do direito com a moral, das normas com os valores, síntese essa que possa conferir verdadeira força normativa às normas constitucionais, em especial as de cunho principiológico.

Nesse contexto, conclui-se que a Constituição é uma lei, em outras palavras, um documento que tem força normativa para modificar a realidade social e não somente ser modificada por esta. Para Konrad Hesse, nome sempre lembrado nesse panorama, “o significado da ordenação jurídica da realidade e em face dela somente pode ser apreciada se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.”¹⁴

Presume-se, portanto, que a Constituição é dotada de imperatividade e está intrinsecamente relacionada com sua realidade histórica, traduzindo os valores daquela época, não podendo ser desagregada da realidade concreta de seu tempo. Sendo assim, a eficácia plena de suas normas só pode surtir os efeitos aos quais se destinam se se levar em consideração essa realidade, sob pena de a Constituição não passar de um simples papel, como defendia Ferdinand Lassale em sua obra clássica, “Que é uma Constituição”.

2.2. Efetividade das normas constitucionais

Nos tópicos que se seguiram, foi demonstrado o atual cenário das normas jurídicas, numa dialética entre a Constituição formal e a Constituição material, dizendo de outra forma, a correlação do *ser* e *dever-ser* que deve existir entre o texto constitucional e a realidade social.

Nessa senda, o grande desafio do interprete é promover a efetividade das normas. Em decorrência disso, o presente estudo se propará a mostrar mecanismos que buscará a otimização dessa efetividade. Dar efetividade ao princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade processual, ambos elencados de forma explícita na constituição de 1988, mas que tem aplicabilidade no processo penal, é objetivar um processo justo e atingir a pacificação social, garantindo, as partes, o devido processo legal.

¹³ DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Op. cit.* p. 29.

¹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de Die Normative Kraft der Verfassung. p. 13.

Em princípio, cabe esclarecer que eficácia jurídica e eficácia social não se confundem¹⁵. Eficácia jurídica compreende a capacidade que a norma tem de produzir efeitos, neste caso, como bem assevera Silva¹⁶ as normas guardam em si um teor de imperatividade que se limita na medida e dimensão de seu mandamento. Em contrapartida, a eficácia social está relacionada, nas lições de Maria Helena Diniz, com o seu cumprimento por parte de seus destinatários, que a depender da compatibilidade entre a emissão de uma norma pelo órgão competente e a consciência coletiva de uma determinada sociedade, pode ou não ser aplicada.¹⁷ Assim, entretanto, há a possibilidade de uma norma ter vigência – ser plenamente válida – mas não ter eficácia jurídica.

A eficácia social é identificada por Luís Roberto Barroso como sendo sinônimo de efetividade, e é dentro dessa perspectiva que serão analisados os princípios em “conflito” a partir de agora. Na acepção do termo efetividade dada pelo nobre professor “[...] significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”¹⁸

Concernente a isso é possível aferir que os princípios da presunção da inocência e o princípio da efetividade apesar de estarem vigentes e possuem imperatividade, não gozam de efetividade em determinados casos.

2.3. Interpretação da Constituição

Depois de ter demonstrado que a Constituição é uma norma suprema e que dela emanam valores e princípios que irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, faz-se imprescindível enunciar como essa Constituição, principalmente seus princípios, devem ser interpretados, para que efetivamente contemplem sua força normativa.

A interpretação da Constituição revela a sua vontade através de um interprete que procura fazer a subsunção dos fatos á norma previamente escrita. É através da *hermenêutica*

¹⁵ Embora Barroso entenda que há essa distinção, também compreende que existe uma certa conexão entre elas: “é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.)

¹⁶ SILVA, 1982, *apud* BARROSO, 2006, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 82.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução á ciência do direito**. Introdução á teoria do direito, á filosofia do direito, á sociologia jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 426-427.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 82-83.

jurídica, que se alcança uma maior sistematização dos princípios e regras contidos em qualquer diploma normativo. Segundo Luís Roberto Barroso “A *interpretação*, é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.”¹⁹

É importante ressaltar, e aqui não será o ponto de abordagem pela complexidade do tema em análise, a existência de métodos clássicos de interpretação,²⁰ os quais se mostram insuficientes para a resolução de conflitos entre princípios. Reforça-se, que não deixaram de ser importantes, apenas não resolvem em completude os novos problemas enfrentados pelo direito na atualidade.

A interpretação, á vista disso, passa de uma exegese dogmática para uma interpretação com alta carga de politização, na qual se leva em conta o estado das coisas em um dado momento vivenciado pela sociedade. Nesse sentido, os problemas oriundos da sociedade, com imensurável carga de mutabilidade, preconiza a prevalência dos mecanismos sociais em detrimento dos jurídicos, revelando uma maior flexibilização nas soluções daqueles problemas, sendo estas, dotadas de maior celeridade, imediaticidade e concretude.

Observe lição de Paulo Bonavides:²¹

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do direito com a sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa como os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contra-prestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Decerto, a interpretação não mais se restringe a vontade do legislador nem mesmo a interpretação literal das normas pelo magistrado, mas se preocupa em conferir maior efetividade às normas constitucionais, particularmente às normas principiológicas, que se destacam por serem normas de textura aberta e sucinta a oscilações na sociedade, corporificando mais uma vertente do neoconstitucionalismo.

Mediante o grau de complexidade dos problemas envolvendo princípios ou direitos fundamentais, torna-se substancial a implementação dos princípios de interpretação

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. P. 103.

²⁰ Bulos elenca oito métodos clássicos de interpretação constitucional (gramatical, lógico, histórico sistemático, teleológico, popular, doutrinário e evolutivo) que funcionaram com certa precisão ao longo dos tempos, mas que no atual cenário de constantes conflitos entre direitos fundamentais em que o núcleo essencial de um princípio não pode ser afetado sob pena de comprometer a segurança jurídica de todo um arcabouço normativo de um país. (BULOS, Uadi Lammego. *Op. cit.* p. 452).

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* P. 476.

constitucional que norteiem de forma científica e fundamentada as decisões das diversas cortes e juízos. Nessa perspectiva, emerge com imponente importância, para a fundamentação da problemática que a este trabalho foi submetida, os princípios da unicidade da constituição, princípio da máxima efetividade e o princípio da concordância prática (ou da harmonização).

O princípio da unicidade da Constituição vem sendo bastante utilizado pelos tribunais do país, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, que tem fundamentado suas decisões levando em consideração a Constituição como um todo harmônico, no qual não existe hierarquia entre normas. Com clareza Uadi Lâmmego Bulos diz que: “Pela *unicidade da constituição*, o texto maior não comporta hierarquia entre suas próprias normas, pois o que se busca, por seu intermédio, é o todo constitucional, e não preceitos isolados ou dispersos entre si.”²² Assim, havendo inúmeras interpretações cabíveis a uma norma jurídica, deve-se prevalecer a que mais se aproxime da vontade constitucional.

Oportuno se faz mencionar a importância do princípio da máxima efetividade, que se consubstancia na interpretação efetiva das normas constitucionais e tem como principal objetivo segundo Bulos, “imprimir eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, extraíndo-lhes maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos humanos fundamentais.”²³ Como já se vem realçando ao longo das palavras já escritas, o grande desafio dos interpretes da Constituição ou de qualquer outra norma submetida à análise, é o de que se deve ater ao correlacionamento entre texto escrito e a realidade social, caso contrário não há que se falar em efetividade da norma.

Nesse contexto, um dos princípios mais importantes e indispensáveis para o que se pretende neste estudo é o princípio da concordância prática (ou da harmonização), posto que, tem como principal escopo a harmonização dos bens, direitos e garantias fundamentais, conflitantes.

Com efeito, esse princípio é assíduo na solução entre princípios colidentes, já que, estes são normas abertas com alto grau de generalidade, que não se exclui no caso concreto, mas sim, se harmonizam, limitando-se e restringindo-se mutuamente. Segundo Alexandre Moraes o princípio da concordância prática “exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;”²⁴

O princípio da concordância prática, assim, procura harmonizar os princípios colidentes no caso concreto, utilizando-se para tanto, da proporcionalidade, que tem enorme

²² BULOS, Uadi Lâmmego. *Op. cit.* p. 456.

²³ BULOS, Uadi Lâmmego. *Op. cit.* p. 458.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

relevância na solução de colisão entre princípios, como se estudará no terceiro tópico deste estudo.

3. Princípio da presunção de inocência e princípio da efetividade processual à luz da decisão que julgou o habeas corpus n° 126296 (STF)

Como já ficou claro, não se consideram legítimas, decisões que se eximam de conectar a realidade social aos dispositivos jurídicos na resolução e fundamentação das decisões emanadas do poder judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, sensível a esse quadro social, assoberbado de crimes de toda natureza, nos quais impera uma flagrante morosidade no julgamento dos processos, acabou por decidir que após sentença de segundo grau o acusado já pode ter a pena executada sem que haja uma decisão transitada em julgado.

Esse posicionamento da Colenda Corte, trouxe, assim que foi noticiado, uma infundável discussão nas mais diversas esferas do direito e da sociedade; para alguns doutrinadores e juristas agindo dessa forma o STF feriu o princípio da presunção de inocência, já para outros, não, apenas procurou dar efetividade ao princípio da efetividade processual, ou seja, justapor e assegurar a razoável duração do processo.

3.1. Considerações gerais da decisão

Com o objetivo precípuo de não cansar o leitor e até mesmo de não fugir do principal objetivo ao qual se propõe esta obra, será discorrido de maneira breve e objetiva os principais pontos que fundamentaram e nortearam a decisão da Suprema Corte Federal.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em decisão bastante apertada (sete votos a quatro) indeferiu o HC 126292,²⁵ e passou, assim, a autorizar o cumprimento da pena após decisão de segunda instância. Entendeu o plenário²⁶ por maioria

²⁵ O teor desse HC remonta o caso de um ajudante-geral que foi acusado e posteriormente condenado, em primeiro grau, pelo crime de roubo qualificado culminando numa pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. A defesa recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual manteve a decisão do juízo a quo negando provimento ao recurso e decretando a prisão do acusado. Mostrando-se inconformada com a decisão, a defesa mais uma vez recorreu, chegando, por conseguinte à análise da Corte maior, que por maioria dos votos, em sessão plenária, decidiu pela manutenção da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

²⁶ A decisão que julgou o HC 126292 não possui efeito vinculante; e por este motivo tem gerado muita divergência entre os ministros, que passaram a votar diferente do posicionamento vencedor. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio em julgamento da ADC 43 MC / DF, em que oportunamente era o relator, confirmou posicionamento que já vinha adotando desde 1995 (HC 71. 959) no qual deixa clara a literalidade do dispositivo constitucional que não permite interpretação diversa, conforme se abstrai do trecho: “*o dispositivo não abre*

dos votos que a execução da pena após sentença condenatória em segundo grau não ofende o princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade que se encontra corporificado no texto constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. Antes de expor as razões que ensejaram o teor da decisão, é importante salientar que há tempos o STF vem tratando da possibilidade da execução provisória da pena, conforme trecho do voto do eminente, e hoje falecido, Ministro Teori Zavascki (Relator).²⁷

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.782 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/06/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, [...].

Em conformidade com o exposto, tal decisão não ofende o princípio da presunção de inocência, isso porque, a sentença oriunda de segundo grau é meramente processual e diz respeito aos interesses de aplicação da lei penal, ainda nesse sentido de acordo com o regimento interno do STF, o § 2º do artigo 27 da lei nº 8.038/1990 esclarece que “os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo.” logo, por se tratar de instância ordinária, é com a decisão de segunda instância que se encerra a análise de fatos e provas que alicerçam e direcionam as decisões, com tal característica, aqueles recursos não podem ser recebidos em seu efeito suspensivo, em assim sendo, essa decisão que já exauriu a fase de conhecimento de fatos e provas já pode ser executada.

Importante salientar que esse direcionamento foi seguido por várias turmas ao longo dos anos²⁸ sempre no sentido de que a prisão provisória antes do trânsito em julgado de

campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante a supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. [...]” e conclui o raciocínio ressaltando que o princípio da não culpabilidade transcende a vontade do legislador ou operador do direito, uma vez que é uma garantia imutável consubstanciada na Carta Magna: “*a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo o núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.*” (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Habeas Corpus (HC) 126292/SP**. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 2.

²⁸ A este respeito, pode-se tomar como exemplo: “HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/06/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Correia, Segunda Turma, DJ 12/04/2002; HC 84.846, Rel. Min. Carlos Veloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármem Lúcia, primeira Turma, DJ 7/12/2007; e HC 70. 662, Rel. Min. Celso de Melo, Primeira Turma, DJ 04/11/1994;” (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Habeas Corpus (HC) 126292/SP**. Relator: Ministro

sentença condenatória não ofende o princípio da presunção de inocência, mesmo que a prisão não seja respaldada dentro das hipóteses das prisões cautelares, como ainda serão discutidas em tópico que falará do princípio da presunção de inocência.

Ratificando este posicionamento surgiram as súmulas 716 e 717:

Súmula n° 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula n° 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Essas súmulas aprovadas em sessão plenária em 24/ 09/2003²⁹ reforçam ainda mais o entendimento que se vinha adotando desde o primeiro acórdão que tratou da execução provisória da pena, quer dizer, permitem a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, pois, se há a possibilidade da progressão de regime antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, aquela afirmativa, para a maioria na corte, é perfeitamente cabível ao teor do HC 126292.

Ademais, concernente a isso, a emenda constitucional n°45 de 2004 traz como requisito de admissibilidade do recurso a repercussão geral, em que é necessário ao impetrante demonstrar que seu caso não se restringe a uma particularidade e sim é exigível a repercussão geral tanto de caráter social, político, jurídico e econômico, para que o recurso seja admitido, conforme está consubstanciado no artigo 102 § 3° da CF/88.³⁰ Em razão disso, o recurso extraordinário sobrepuja-se ao interesse individual dando lugar ao interesse da coletividade. Nesse sentido, há uma análise do recurso, de natureza extraordinária, que afronta norma constitucional e que ao ser julgado irradia efeitos *erga omnes*.

Ainda em análise do voto, o ministro Teori Zavascki, ressaltou a importância do HC 84078,³¹ em específico o princípio da presunção de inocência. No entanto, alerta, que a execução da pena de forma a se antecipar o trânsito em julgado não fere o princípio da

TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 15 Ago. 2017. p. 3.).

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmulas 716 e 717**, Sessão plenária de 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 05 ago. 2017.

³⁰ CF/88, art. 102, § 3°: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

³¹ Conforme foi relatado, durante muito tempo, as diversas turmas que se revezaram na Suprema Corte vinham sustentando esse entendimento, até que em 05 de fevereiro de 2009, em julgamento do HC 84.078/MG de relatoria do então Ministro Eros Roberto Grau, houve mudança substancial desse entendimento, o qual passou a prevalecer que a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória ofende o princípio da presunção de inocência, ressalvado os casos de prisões cautelares que tem como objetivo assegurar o bom andamento do processo.

presunção de inocência, pois a análise do fato e das provas carreadas em processo penal passa obrigatoriamente pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse momento o acusado ainda é presumido inocente até que seja constatada através do devido processo legal a culpabilidade do agente. Isso fica claro no seguinte trecho do voto:³²

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere a o ônus da prova da incriminação -, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciado de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior.

Ao ser prolatada sentença desfavorável ao réu no juízo de primeiro grau, é plenamente possível que aquele se utilize do duplo grau de jurisdição para que tenha seu pleito examinado por tribunal imediatamente superior e é nesse momento que se encerra a análise dos fatos e das provas que fomentaram a decisão prolatada. Além disso, e do que já foi dito, os recursos extraordinários e especiais que se destinam a rever pelas respectivas cortes afronta a Constituição (STF) e a lei federal (STJ), apreciam matéria de direito e não mais análise de fatos e provas, como está claro no julgado abaixo:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - CRIME DE FURTO - EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO - POSSIBILIDADE - ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS- ENTENDIMENTO DO STF (HC 126.292/SP) - EMBARGOS NÃO ACOLHIDOS. - Em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP), encerrada a apreciação de fatos e provas, bem como o esgotamento de recursos ordinários, já é possível o cumprimento provisório do acórdão penal condenatório independente do julgamento de recursos aos Tribunais Superiores, eis que estes são limitados tão somente à discussão de direito. V.V. EMBARGOS INFRINGENTES - RESGATE DO VOTO MINORITÁRIO - MANDADO DE PRISÃO - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - EXPEDIÇÃO NÃO RECOMENDÁVEL. A garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal não comporta exceção. A prisão penal antes do trânsito em julgado, em razão da garantia individual pétrea da presunção de inocência, só é possível nos casos de prisão cautelar. (DESEMBARGADOR FLÁVIO B.LEITE - VOGAL VENCIDO).

Por fim, fechando o rol de fundamentos utilizados pela Corte Maior, destaca-se o exemplo, citado pelo eminente Relator, da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que expressa em seu artigo 1º, inciso I, a possibilidade de o indivíduo ser declarado inelegível

³² BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Habeas Corpus (HC) 126292/SP**. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 5-6 .

quando proferido acórdão de órgão colegiado. Extrai-se do dispositivo³³ que o princípio da presunção de inocência não tem o condão de obstar a execução provisória da pena.

3.2. Princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Encontra-se positivado na atual constituição brasileira, artigo 5º, inciso LVII, e preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse princípio ganhou notoriedade na vigência da constituição de 1946, constituição esta que redemocratizou as instituições depois de um período bem conturbado da história brasileira que teve, inclusive, como ápice o estado novo, autoritário, de Getúlio Vargas. Naquela oportunidade o Brasil aderiu em seu ordenamento jurídico a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 que aduz em seu artigo 11.1 que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”.

Essa garantia constitucional espraia-se por outros regramentos legais como, por exemplo, o art. 105 da Lei de execuções penais,³⁴ e o art. 283 do CPP que teve sua redação modificada pela Lei nº 12.403/11.³⁵ Esses dispositivos asseveram que o princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional que consolida as vigas mestras de um Estado Democrático de direito, no qual se deve assegurar a tutela da liberdade individual.

Desta forma aduz Alexandre de Moraes, que:³⁶

Há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sobe pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão.

³³ Pode-se tomar como exemplo a alínea “d” do artigo em comento que frisa “os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;”(BRASIL, **Lei Complementar nº 135**, 4 de junho de 2010. Institui a Lei da Ficha Limpa.)

³⁴ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

³⁵ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 201.

Consoante ao exposto fica claro a necessidade de observância do devido processo legal na aplicação de pena para o indivíduo presumidamente inocente, posto que, nenhuma acusação se presume provada, cabendo ao Estado, e por oportuno ao representante do Ministério Público, provar a culpa do acusado.

Com efeito, o ministro Teori Zavascki comenta de forma muitíssima esclarecedora a importância desse princípio como um balizador para as garantias fundamentais do cidadão frente à supremacia estatal, senão veja-se:³⁷

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos da não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*), como todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação, e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade da condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Como se ver, esse princípio além de positivado na Constituição Federal de 1988 tem aplicabilidade avultada no processo penal, sendo “corolário”, nesse sentido, de vários outros princípios como o do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa, dentre outros. Nesse desenlace, o réu não deve sofrer restrições pessoais como âmago de prévia condenação. Com pretexto semelhante, o ônus da acusação deve se ater a autoria e aos fatos que compõem o conjunto probatório, nesse caso, a alusão que se faz a condenações pregressas do acusado não podem ser usadas como parâmetro para condenar aquele que está respondendo processo penal.

Uma importante observação alusiva às regras de tratamento e aplicabilidade desse estado de não culpabilidade é ressaltada por Eugenio Pacelli, quando explica que: “[...] o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no instituto a que se convencionou chamar de “liberdade” provisória, [...]”³⁸. É importante frisar, à vista disso, que as prisões provisórias ou instrumentais podem ser executadas antes do trânsito em julgado da decisão

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Habeas Corpus (HC) 126292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 5.

³⁸ PACHELLI, Eugênio, **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48.

condenatória, sem que isso fira o princípio da presunção de inocência, salientando que o STF coaduna com tal disposição bem como grande parte da doutrina, se não acompanhe palavras de Alexandre de Moraes:³⁹

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*.

Concernente a isso, a prisão antes do trânsito em julgado só se justifica se tiver natureza cautelar, caráter processual, ou seja, é necessário provar que a não aplicação dessas medidas acauteladoras, frustrará a efetividade do processo. Porquanto, em ficando demonstrado que a não imposição de uma prisão tornará inviável o processo é imperioso que ela deva ser cautelar, devendo preencher os requisitos do *periculum in mora* (perigo da demora).

Nessa perspectiva, portanto, a Constituição Federal pugna pela presunção de inocência até o trânsito em julgado de decisão condenatória, não permitindo ao julgador qualquer interpretação extensiva da norma, como bem salienta Renato Brasileiro de Lima: “A Constituição Federal, todavia, é clássica ao esclarecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam”.⁴⁰ Infere-se, assim, que qualquer decisão que antecipe a execução da pena deve ser considerada inconstitucional por ferir um direito fundamental garantido na Carta Maior do Estado e sua revogação ou aniquilação configura afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, que tem o condão de evitar que as conquistas sociais sejam desconstituídas, pois delas advém garantias institucionais que não devem ser objeto de aniquilação nem muito menos de revogação.

3.3. Princípio da efetividade como garantia do processo penal

O princípio da efetividade é corolário da cláusula geral do devido processo legal e depende, com o fim de se obter um processo devido, de vários outros princípios que com ele trabalham em plena harmonia, como é o caso do princípio da eficiência, da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da duração razoável do processo. Este último, em especial, guarda

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 201.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus podivm, 2016. p. 81.

estrita relação com o princípio da efetividade, motivo pelo qual serão tratados em concomitância ao longo deste subtópico.

O princípio da efetividade pressupõe um processo justo que resolva o conflito dando o direito material a quem de fato o tenha com observância do contraditório, ampla defesa e paridade de armas entre os postulantes.

Nesse enveredar do raciocínio, processo justo ou devido é processo que obedeceu ao devido processo legal e não o que foi célere, isso porque, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues “processo às pressas descarta não só da preservação das prerrogativas constitucionais básicas, mais também estará, muitas vezes, despido de lastro probatório idôneo, o que lhe retira toda a credibilidade.”⁴¹ Nessa senda, o processo deve estabelecer um padrão de duração razoável, disponibilizando os meios necessários a concretude da celeridade, como celebra o art. 5º, LXXVIII da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esse dispositivo constitucional foi incorporado a Constituição com a emenda nº 45/2004, ratificando compromisso assumido pelo Brasil na Convenção Americana de Direitos Humanos, pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 8, 1, prevê:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal, formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Observa-se, que o processo é instrumento para a realização do direito material, devendo, assim, proporcionar um efetivo cumprimento da pena e assegurar as garantias fundamentais das partes envolvidas obedecendo a um prazo razoável de acordo com a complexidade do processo e permitindo o acesso a ordem jurídica justa com o devido respeito a um sistema de tutela que garanta a prestação jurisdicional plena.⁴² Nessa perspectiva há uma

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. E atual. Salvador: ed. Juspodivm, 2017. p. 92.

⁴² Com precisão GUERRA (2003 *apud* DIDIER JR., 2015, p. 113) parte da premissa que existe um direito fundamental á tutela executiva e que em assim sendo, essa tutela deve proporcionar integral satisfação a aqueles que pleiteiam o direito, e estabelece que é necessário para que se concretize esse direito a observância dos seguintes requisitos: “a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que esta restrição não se justificar como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários á prestação integral de tutela executiva.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual**

preocupação em proteger os direitos do indivíduo da arbitrariedade estatal como preceitua Lopes Jr.⁴³ “o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos”.

A razão parece está com Fredie Souza Didier Júnior que “parte da premissa de que existe um direito fundamental à tutela executiva para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, [...]”.⁴⁴ Evidencia-se que o processo não pode sucumbir ao “clamor social”, dado que, este é nutrido de rapidez e eficiência que não se compatibiliza com o grau de reflexão que se é exigido para que aquele direito fundamental não seja desrespeitado.

Um dos pontos primordiais que motivou a maioria dos Ministros da Suprema Corte a direcionar o posicionamento no sentido de ser cabível a execução provisória da pena em sentença proferida em segundo grau, está relacionado à morosidade processual. Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 celebra em seu artigo 5º, XXXV o acesso à justiça como uma das maiores garantias do Estado Democrático de Direito. Implicitamente a essa garantia constitucional, tem-se o mandamento normativo de que a tutela jurisdicional deve ser adequada, efetiva e tempestiva.

Nessa perspectiva, um dos grandes desafios que o operador do direito encontra em sua empreitada à busca da justiça é harmonizar a efetividade processual com o devido processo legal sem macular a segurança jurídica dos dispositivos constitucionais. Nesses termos não se pode exigir que um processo tenha efeitos imediatos nem muito menos pode ser dilatado ao extremo o prazo razoável para sua consumação. Na contra mão do exposto que se mostra diametralmente paradoxal no que tange a plena praticidade, cabe ao julgador, na análise do caso concreto sopesar os valores em conflito, sob a égide dos princípios da ponderação e da razoabilidade para que assim a depender da complexidade do caso, venha estabelecer um equilíbrio entre a efetividade do processo e o devido processo legal.

4. Princípio da presunção de inocência x princípio da efetividade processual

Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. v.1. Salvador: Juspodivm. 2015. P. 114.)

⁴³ LOPES JR., 2006, **Introdução crítica ao processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, p. 38 *apud* TÁVORA e ALENCAR, 2017, **Curso de Direito Processual Penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar. 12. ed. rev. E atual. Salvador: Ed. Juspodivm. p. 92.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.* p. 114.

Nos primeiros tópicos deste trabalho ficou demonstrado que o judiciário brasileiro vive sob a égide do neoconstitucionalismo, que com sua pujança tem invocado uma reflexão apurada dos direitos fundamentais e da força normativa da constituição. Dentro dessa perspectiva, sua importância passa a ser indispensável na instrução da proporcionalidade acerca da resolução de colisão entre princípios.

Além disso, é imperioso notabilizar, que ficou claro nas palavras já redigidas a existência de uma colisão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade do processo no tocante ao julgamento do HC 126292 que coube ao STF sua apreciação⁴⁵ e que, nesse seguimento, mostraram-se imprescindíveis à busca de um processo justo, ideal, garantista que de fato dê o direito material a quem por direito o tenha.

Até o presente momento a análise se restringiu ao alcance conceitual das normas jurídicas (princípios e regras), de agora em diante tratar-se-á da aplicabilidade dessas normas ao caso concreto, com fulcro no “conflito” entre princípios e na solução dessa “antinomia” dando a devida efetividade aos princípios colidentes.

Nesse ponto de vista, segundo a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é indispensável para solução de problemas que envolvem direitos fundamentais, pois segundo Robert Alexy “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.”⁴⁶ Porquanto, com o objetivo de identificar um princípio constitucional e torná-lo efetivo no caso concreto convém estabelecer esta diferenciação das normas jurídicas, como ficará claro no subtópico seguinte.

4.1. Conceito e distinção entre regras e princípios

Não obstante a importância da diferenciação entre regras e princípios, é comum no transcorrer das tratativas jurídicas a confusão para distinguir um do outro, nesse sentido é

⁴⁵ Ademais, no próprio voto do relator, ministro Teori Zavascki, ficou clara a existência dessa colisão de princípios quando infere que “O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também a sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Habeas Corpus (HC) 126292/SP**. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017. p.1.)

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

habitual chamar regra de princípio e esta daquele. No entanto, essa distinção se faz necessária, não apenas na concepção dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, mas, também, aos direitos concernentes as garantias processuais dos autores envolvidos na lide.

Por conseguinte, tomar-se-ão regras e princípios na acepção de norma jurídica. Princípios e regras são normas jurídicas que se encontram na órbita do dever-ser; expressa, destarte, um dever, permissão ou proibição de um direito.⁴⁷ Existem diversos critérios para se diferenciar essas duas espécies de normas, no entanto, é suficiente para o que aqui se propõe o critério da generalidade⁴⁸ conforme palavras de Alexy “segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.”⁴⁹ Conforme esse preceito a norma que se assenta sobre o direito que o indivíduo tem de não cumprir pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e o direito que esse mesmo indivíduo tem de ver o processo “caminhar” sem protelações descabidas possuem um grau de generalidade relativamente alta, enquanto, por exemplo, a norma do art. 121 do CP “Matar alguém”, conserva um grau de generalidade relativamente baixa.

Nessa senda, Ronald Dworkin enfatiza que:⁵⁰

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrão apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta é que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.

Quanto à concepção de Ronald Dworkin, regras como aplicação do “*tudo ou nada*”, entende-se que as normas devem ser empregadas em sua totalidade, ou se adequam ao fato, preenchendo os requisitos ou elementos necessários a sua efetividade, ou não se enquadram, e nesse caso, não devem ser utilizadas para a resolução do caso *sub judice*. Robert Alexy assevera que “as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁵¹. Tomando como parâmetro esses entendimentos, as regras tem um grau de abstração notadamente mais limitado do que os princípios, nesse sentido, as regras não podem ser

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 87.

⁴⁸ O termo generalidade não está condicionado à universalidade. As normas de um modo geral podem ser reconhecidas pelo atributo da universalidade independentemente do grau de abstração, já a generalidade varia de acordo com esse conceito. Portanto, as normas com o sentido aberto detêm um grau de generalidade alto enquanto as de sentido fechado, por assim dizer, conferem um grau de generalidade baixo.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 87.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 91.

ponderadas no caso concreto como são os princípios, elas não podem ser cumpridas pela metade, tem o condão de permitir ou proibir algo na essência da imperatividade do verbo, não cabe sopesamento em sua aplicação, por isso, ou são válidas ou invalidas.

Por sua vez, portanto, os princípios não possuem o condão de definir condutas, eles detêm a prerrogativa de direcionar o sentido da norma para que esta atinja seu alcance máximo de concretização. No entendimento de Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, e sendo assim, conceitua princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁵² Assim, os princípios são normas jurídicas que não são aplicados isoladamente, porém, em conjunto com outros princípios que incidem no caso concreto.

4.2. Conflito entre regras e colisão entre princípios

Este subtópico ganha relevância imensurável quando se percebe que uma boa parte dos casos a serem julgados pelo poder judiciário envolve colisão entre direitos fundamentais submetendo o julgador a uma interpretação mais apurada do caso. Faz-se relevante, também, porque é através do conflito entre normas que se torna mais clara a diferença de regras e princípios.

Segundo Robert Alexy “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”⁵³ Na concepção de Robert Alexy será utilizada a “cláusula de exceção” quando existir contradição em ordens⁵⁴ diferentes e de regras também diferentes num mesmo caso concreto. Em vista disso, a solução para o conflito entre regras deve ser exercida através da inclusão dessa cláusula de exceção em uma das regras a depender do caso concreto, pois agindo assim, cria-se um desequilíbrio entre as normas conflitantes onde uma deve expurgar do ordenamento jurídico a outra, diferentemente do que ocorre com os princípios, os quais não deixam de existir no caso concreto, apenas recuam e dão lugar a outro que prevaleça em determinada situação. Entretanto, caso não seja possível à inclusão de uma cláusula de exceção, uma das regras deve ser constituída invalida, sendo extirpada, também, do ordenamento jurídico.

⁵² ALEXY, Robert *Op. cit.* p. 90.

⁵³ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 92.

⁵⁴ Aqui a essência da palavra está sendo empregada como mandamento da norma que pode variar entre proibir algo, permitir ou restringir um direito daquele a quem a norma se dirige.

A respeito do assunto em lúcida observação, Humberto Ávila assevera:⁵⁵

[...] os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de *conflito normativo*, pois, para eles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

As regras nessa concepção não são ponderáveis como os princípios na análise do caso concreto e mesmo se incluída a cláusula de exceção não configura sua feição aos moldes de um princípio, a elas não pode ser atribuído peso como se verá na análise da colisão entre princípios.

No caso de a cláusula de exceção não poder ser aplicada, uma das regras deve tornar-se inválida. No entanto, em não podendo identificá-la a solução segundo Alexy⁵⁶ é o critério cronológico e o critério da especificidade.

Já no caso dos princípios, nota-se acentuada diferenciação na solução de colisões. A colisão entre princípios se dá quando um é permitido e o outro proibido. Nessa situação, não há que se falar em validade entre eles, pois não perde sua validade como acontece com as regras, e sim em precedência, na qual um princípio cede para que outro possa avançar em determinadas condições. Com efeito, preceitua Paulo Bonavides, “A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.”⁵⁷

Aos princípios são atribuídos pesos, estes variam de acordo com o caso concreto, um princípio pode ter um determinado peso na análise de um caso concreto, e neste caso ter precedência sobre o princípio que com ele colide, já em outra ocasião pode ter peso menor e aquele ao qual ele precedeu passa a preceder sobre o que outrora prevaleceu. Em decorrência disso José Afonso da Silva assegura que:⁵⁸

Regras jurídicas não suportam exceções, são aplicadas de modo completo, segundo o critério do tudo ou nada, não o passando o mesmo com os princípios. Estes possuem uma dimensão de peso ou importância (valores), de modo que em caso de conflito de princípios levar-se-á em conta o peso entre eles. Demais o conflito entre

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42-43.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 93.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19^o. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 81.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1^a Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

regras gera uma antinomia, de modo que um exclui a outra; já o conflito entre princípios não gera antinomia, em ocorrendo, aplica-se o que se mostrar mais importante para o caso.

Partindo da premissa da colisão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade do processo e levando-se em consideração a precedência dos princípios, é possível notar que essa precedência não é absoluta, ou seja, um princípio não precede o outro sempre, em todos os casos, pois se assim fosse, estar-se-ia criando uma regra ou um precedente judicial, que por coerência, pelo que já foi exposto, é totalmente incompatível com a teoria dos princípios.

Nessa perspectiva a colisão entre princípios deve ser resolvida através da ponderação ou sopesamento das normas em conflito. É nesse sentido que esclarece Alexy: “O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir quais os interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto:*”⁵⁹ Deduz-se, dessa forma, que a técnica da ponderação não está relacionada a invalidade dos princípios nem a retirada deles do mundo jurídico muito menos se deve inserir um cláusula de exceção. A solução consiste na precedência de um princípio em detrimento de outro com base nas circunstâncias do caso em análise.

Nesse momento pode surgir a seguinte dúvida: como, na análise de um dado caso concreto, reconhecer o princípio que deve ceder e o que deve prevalecer? Bem, Robert Alexy ensina que em situação de “conflito” entre princípios, convém observar as condições do caso concreto e, por conseguinte, atribuir peso⁶⁰ aos princípios.⁶¹ Aduz-se que um direito fundamental de um indivíduo prevalecerá sobre o direito do outro, na medida em que um não aniquile o outro, conserva-se, assim, o núcleo essencial do direito que recuou ou cedeu jamais esse núcleo pode ser atingido, no sentido de comprometer sua existência normativa.

O caso concreto, portanto, é que dirá quais princípios deve retroceder e quais devem avançar de acordo com o peso que é dado a cada princípio, que também depende da análise do caso concreto, sendo analisado caso a caso. Salienta-se que os princípios não se excluem nem devem ser aplicados isoladamente, devem ser inquiridos conjuntamente para que deles possa-se extrair o máximo possível na resolução dos casos.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 95.

⁶⁰ Importante observar que os valores em voga não tem um “peso” quantificável.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 97.

Por conseguinte, esse sopesamento precisa ser justificado, devendo ser plenamente aclarados os motivos que fez com que um princípio cedesse frente a outro princípio. É nessa perspectiva que serão dedicadas as próximas linhas.

4.3. A proporcionalidade como meio eficaz para resolução de colisão entre princípios

O conceito de proporcional segundo o dicionário⁶² assenta-se com as seguintes adjetivações: que se encontra em proporção; que possui uma relação idêntica de intensidade; em que há harmonia e equilíbrio. É conforme essa definição que se tomará o postulado da proporcionalidade. De início cabe a observação de que não se tomará este postulado como um princípio ou regra,⁶³ mas sim como um postulado de acordo com a concepção que dá ao termo Humberto Ávila:⁶⁴ “O dever de proporcionalidade não é um princípio nem uma regra, sendo um postulado normativo aplicativo, ou seja, uma condição imposta pelo próprio Direito para que ele seja corretamente aplicado.” Em sendo assim, não se configura como um critério de interpretação constitucional, neste caso, comporta-se como um meio ou instrumento para concretizar a ponderação dos elementos fáticos que se mostram nos “conflitos” que há entre princípios.

É consenso na doutrina mais atualizada de que a proporcionalidade está positivada na Constituição de 1988, não de modo expresso, mas implícito no texto constitucional.⁶⁵

Robert Alexy ao apontar princípios como mandamentos de otimização conclui que princípios são espécies de normas, e nesse caso princípios fundamentais constitucionais, que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas existentes”⁶⁶ em consequência disso, entende, ele, que há uma correlação entre a teoria dos princípios e a “máxima da ponderação”, podendo assim deduzir que a proporcionalidade está implícita na “alma” dos princípios enquanto mandato de otimização, justificando, portanto, a positivação nos dispositivos constitucionais, acima, supracitados.

⁶² Disponível em: <https://www.dicio.com.br/proporcional>. Acesso em: 20. Ago. 2017.

⁶³ Não cabe ao presente trabalho, por questões de limitação e de se ater ao propósito anteriormente planejado, a discussão que paira entre doutrinadores e juristas a respeito se a proporcionalidade é uma regra ou um princípio. Interessa apenas, a ciência de que existe esse debate no mundo jurídico.

⁶⁴ ÁVILA, 2016, **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 09 de julho de 2016. *apud* CARDOSO, 2016, **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. p. 146 – 153, ago.

⁶⁵ Faz menção a essa afirmação à cláusula de abertura material do Art. 5º, §2º “os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 90.

Esse postulado, ou para muitos, princípio, tem seu surgimento atrelado à corte alemã e ganhou notoriedade na doutrina brasileira através de doutrinadores como Luís Roberto Barroso⁶⁷ e Gilmar Ferreira Mendes⁶⁸, dentre outros. No entanto, fato que chama a atenção pela importância que se dá - devido ao ativismo judicial impregnado nos principais tribunais do país - as decisões emanadas da Suprema Corte, a qual está sempre decidindo casos polêmicos, é que a Colenda Corte não se dispõe a estruturar a proporcionalidade na amplitude que se deveria atribuir a esse postulado, sendo assim, mostra-se ineficiente quanto à aplicação dos subpostulados, quais sejam, a adequação, necessidade e a proporcionalidade em estrito sensu, apenas se atem a citá-los de forma descompromissada com a sua essência maior que é a realização da concordância prática, como se verificou no primeiro tópico dessa obra, e da importância que a ele se atribui na resolução de conflitos, conforme bem observou Virgílio Afonso da Silva:⁶⁹

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Brevemente explanada essa praxe do Tribunal, deveras, o que parece acontecer é que o Superior Tribunal Federal confunde em sua aplicação o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade como se sinônimos fossem.⁷⁰ A proporcionalidade tem como objetivo não permitir que as restrições a princípios se torne desproporcional, neste caso, o Estado, para alcançar esse objetivo deve levar em consideração o exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; exame esse, que nem sempre está presente nas decisões da suprema corte como foi o caso do julgamento do HC 126292.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23, 1998, p. 65-78.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Superior Tribunal Federal: Novas leituras**. p. 372.

⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 798, p. 23-50. 2002.

⁷⁰ Diego Brito Cardoso, em seu artigo Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e Proporcionalidade na Visão de Robert Alexy, considera que proporcionalidade e razoabilidade não se confundem, aquela seria uma construção dos alemães enquanto esta seria uma construção de cunho norte-americano, Ressalta que a razoabilidade e a proporcionalidade diferenciam-se na origem e sua estrutura, sendo assim, aduz que um ato pode ser razoável e desproporcional, uma vez que para que o ato seja razoável basta que não seja absurdo. (CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. P. 146 – 147, ago. 2016.)

Pois bem, a proporcionalidade se divide em três normas menores, segundo Robert Alexy⁷¹, “três máximas parciais”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. São essas subespécies de normas que procuram justificar a restrição a princípios colidentes.

Antes de adentrar a análise pormenorizada dessas “máximas”, cabe ressaltar a observação que Robert Alexy faz a respeito delas: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas, já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.”⁷² A análise dos elementos da proporcionalidade deve ser feita obedecendo a ordem de precedência entre elas, neste acaso, a adequação precede a necessidade e esta precede a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, esses elementos se relacionam de forma subsidiária entre si, ou seja, a aplicação da máxima da proporcionalidade nem sempre implica a aplicação de todos os seus elementos, podendo tranquilamente, a análise parar na adequação sem que as demais sejam analisadas.

O primeiro elemento a ser observado é a adequação, a restrição a um princípio fundamental é adequada quando sua utilização contribuir totalmente ou parcialmente com o objetivo a ser alcançado. O meio utilizado tem de ser apto a atingir o objetivo pretendido como salienta Martin Borowski⁷³ “segundo o qual a medida Estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o “objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado.*”

Pode acontecer que o meio ou a medida escolhida não seja a menos nociva dentre as possíveis que se mostraram aptas e justificáveis a limitação do direito fundamental atingido. Neste caso, faz-se indispensável à análise do segundo elemento da proporcionalidade, qual seja a necessidade. Isto posto, claras são as palavras de Maunz/Duerig:⁷⁴ “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave [...]”.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 116.

⁷² ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 118.

⁷³ BOROWSKI, 1998, **Grundrechte als Prinzipien**: Die Unterscheidung von prima facie-position und definitiverposition als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden, p. 116 *apud* SILVA, 2002. . **O proporcional e o razoável**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 798, p. 23-50. 2002.

⁷⁴ MAUNZ e DUERIG, 1990, **Komw.z. GG Herzog.Lfg.** 18,set. p.289 *apud* BONAVIDES, 2006, **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros. p. 397.

Por conseguinte, não basta que a medida que restringiu o alcance de um dado princípio seja adequada ao fim a que se propõe, é necessário que seja a mais branda dentre todas as medidas que se mostraram adequadas.

Por fim, o último elemento da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Em uma colisão de princípios, não é comum, mas pode acontecer de a restrição a medida ter sido adequada e necessária, mas não proporcional momento em que se mostra imprescindível à proporcionalidade em sentido estrito. Sua incumbência é a de sopesar ou ponderar o objeto do litígio quando da análise do caso concreto. O professor Paulo Bonavides confere a este postulado um duplo caráter como se pode notar em suas palavras: “[...] se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.”⁷⁵ Ratificando esse entendimento Virgílio Afonso da Silva assevera que a proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”⁷⁶ Porquanto, é através do sopesamento entre os princípios em conflito que se atribui peso a um deles, estabelece-se, assim, uma norma específica à resolução do caso, a qual só serve a este em especial, logo, importa que o proveito conferido a um princípio seja mais importante que a restrição, necessária e adequada, que atingiu o princípio que teve sua efetividade limitada.

5. Considerações Finais

O presente artigo se propôs a realizar um estudo, no qual, o seu principal objetivo foi estabelecer efetividade aos princípios da presunção de inocência e ao princípio da efetividade processual com fins a uma justa e adequada prestação jurisdicional no processo penal, sobre a ótica de uma aparente colisão entre eles, que tomou como parâmetro a discussão da decisão emanada da Suprema Corte Federal a qual julgou ser plenamente cabível a antecipação provisória da pena em decisão de segunda instância.

No decorrer da elaboração do artigo, verificou-se que, apesar dos fundamentos meramente técnicos, a decisão também teve um relevante teor axiológico, uma vez que, considerou como importante, a atual realidade social, a qual é permeada de processos

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* 398.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* 23-50.

extremamente morosos, em que a intensão é simplesmente postergar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse interim, foi possível verificar que o assunto que trata da execução provisória da pena está intrinsicamente relacionado com a efetivação do princípio da não culpabilidade e o devido equilíbrio com o princípio da efetividade do processo.

Todavia, por se tratar de direitos fundamentais com *status* de princípios constitucionais de aplicabilidade plena no processo penal, foi possível averiguar, que em determinados casos pode haver colisão entre eles e que diante disso a solução cabível é a ponderação ou sopesamento desses princípios em cada caso concreto.

O problema pairou, sobretudo, sobre a difícil missão do intérprete de dar efetividade ao princípio da presunção da inocência sem que a efetividade do processo deixe de garantir o direito fundamental a prestação jurisdicional justa as partes envolvidas na lide.

Lastreando essa temática, pode-se demonstrar que existe, em virtude do neoconstitucionalismo, uma densificação dos direitos fundamentais que devem ser, por sua vez, aplicados de forma imediata e sob a perspectiva de uma hermenêutica constitucional que leve em consideração a natureza da norma e a realidade social contemplando o ativismo judicial em que a solução para as colisões entre direitos fundamentais deve ser analisada à luz do caso concreto.

Evidenciou-se, que os princípios em colisão, que foram submetidos a este estudo, não são absolutos, e que estes, numa situação de colisão, devem ser sopesados, atribuindo-se peso a um deles de acordo com o caso concreto, em utilização clara da técnica da ponderação, alicerçada no postulado da proporcionalidade.

Em sendo assim, constatou-se a imensurável importância do princípio da presunção da inocência como garantia fundamental de um devido processo legal e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. No entanto, seus efeitos não podem ser tomados como absolutos, posto que em situações excepcionais - nas quais já houve a total observância do processo legal que respeitou todas as garantias e direitos inerentes à pessoa do indiciado ou acusado - em que a pretensão da defesa seja meramente e exclusivamente protelatória, não deve prevalecer este princípio em detrimento do prazo razoável do processo, pois se assim fosse comprometeria substancialmente a efetividade do processo penal.

Importante salientar que de acordo com a importância que se foi dada aos direitos fundamentais, em especial aos princípios constitucionais que se espraiam pelo processo penal, o princípio da presunção de inocência só pode retroceder em casos extremos em que fique

absolutamente comprovado após decisão de segunda instância, na qual se exauriu a apreciação de provas e fatos bem como a autoria e a materialidade do crime.

Portanto, para que se tenha um processo justo e que cumpru seu escopo principal, qual seja a pacificação social, é necessário que exista uma cooperação entre as partes envolvida no processo como preceitua o artigo 5º do novo Código de Processo Civil “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Em sendo assim, todos os sujeitos processuais devem colaborar para que o processo atinja sua plenitude, e sendo, como já dito, o intuito meramente de postergar o andamento do processo, não há que se falar em mácula ao princípio da presunção de inocência e deve, nesse sentido, dar precedência ao princípio da efetividade processual.

Deve-se deixar claro que essa colaboração dos sujeitos processuais a que alude o dispositivo acima, não diz respeito à produção de provas em desfavor daquele a quem ela não aproveita. Não obstante, a isso, não se deve permitir que um sujeito processual se utilize, por exemplo, de embargos declaratórios, depois de esgotada as instâncias competentes à produção e análise das provas, com escopo exclusivo de retardar o processo penal em benefício exclusivamente particular como é o caso da obtenção de prescrição.

Aprofundando-se no tema, foi possível perceber que não basta apenas constatar um “conflito” aparente entre princípios nem atribuir-lhes pesos de acordo com a técnica do sopesamento, mas também justificar essa restrição de um princípio sobre o outro; e isso foi possível através da proporcionalidade que surge, nessa temática, como instrumento hábil para justificar e concretizar a ponderação dos princípios. Portanto, de acordo com esse postulado, a restrição a um princípio necessariamente precisa ser adequada, necessária e proporcional em cada caso concreto.

Enfim, de tudo que foi apresentado, pode-se afirmar com toda convicção que, na situação em análise, não existe direito fundamental absoluto e que neste caso se deve dar liberdade ao Judiciário para interpretar a norma jurídica de acordo com a realidade e sua livre convicção, pois as leis emanadas do poder legislativo não tem a capacidade de antever todas as situações do caso concreto. Desde que esta interpretação se faça com a devida observância aos elementos até aqui abordados.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 2. ed. Saraiva. 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6^a. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Jus navigandi**, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, **Decreto-Lei N° 3.689**, 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.

BRASIL, **Lei N° 13.105**, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (HC) 126292/SP**. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Sessão de 17/02/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmulas 716 e 717**, Sessão plenária de 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. p. 146 – 153, ago. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e Moralidade: O Direito Fundamental à Moralidade das Candidaturas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. v. 1. Salvador: Jus podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução á ciência do direito**. Introdução á teoria do direito, á filosofia do direito, á sociologia jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de Die Normative Kraft der Verfassung.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugênio, **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 25 fev. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. E atual. Salvador: ed. Juspodivm, 2017

SILVA. José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 798, p. 23-50. 2002.