

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RERMAN RISPERI GIUBERTI

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS JULGAMENTO
EM SEGUNDA INSTANCIA:** Um estudo sobre a
constitucionalidade do princípio da presunção de inocência com
base na teoria principiológica de Robert Alexy

VITÓRIA
2019

RERMAN RISPERI GIUBERTI

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS JULGAMENTO
EM SEGUNDA INSTANCIA:** Um estudo sobre a
constitucionalidade do princípio da presunção de inocência com
base na teoria principiológica de Robert Alexy

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Faculdade de Direito
de Vitória– FDV, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor Alexandre
Maia.

VITÓRIA
2019

RERMAN RISPERI GIUBERTI

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS JULGAMENTO
EM SEGUNDA INSTANCIA:** Um estudo sobre a
constitucionalidade do princípio da presunção de inocência com
base na Teoria Principlológica de Robert Alexy

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de julho de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Orientador Alexandre Maia.
Faculdade de Direito de
Vitória

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

Busca-se neste estudo entender o funcionamento do princípio da presunção de inocência frente ao entendimento do STF manifestado com o HC 126.292-SP, demonstrando se a execução provisória após julgamento em segunda instância, com a relativização do princípio em comento baseado na Teoria Principlológica de Robert Alexy, realmente é um retrocesso, ou se tal jurisprudência gera uma maior eficácia jurídica a depender do caso.

Palavras Chave: Princípio da Presunção de Inocência. Ponderação. Proporcionalidade. Eficácia Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 DAS REGRAS E DOS PRINCIPIOS.....	08
2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A COMPREENSÃO DA PONDERAÇÃO COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO.....	11
3 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À NOVA DECISÃO OFERECIDA PELO STF.....	13
4 A UTILIZAÇÃO DA TEORIA PRINCIPIOLÓGICA DE ALEXY COMO PARAMETRO PARA JUSTIFICAR A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	16
5 DA DEMONSTRAÇÃO DE COLIDÊNCIA DOS PRINCIPIOS E DA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO.....	22
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

INTRODUÇÃO

O direito é um conjunto de normas fundamentais que regulam questões específicas da vida em sociedade, e para melhor entender e organizar o conjunto das normas jurídicas tem-se como base, regras e princípios e conseqüentemente, suas diferenças práticas no plano jurídico.

Sobre o tema, destacam-se as contribuições de Robert Alexy ao estruturar um estudo sobre a teoria das normas fundamentais e a importância das regras e dos princípios, sendo a sua distinção, a chave para entender não só a dogmática dos direitos de igualdade e liberdade, mas para compreender eventuais conflitos e lacunas existentes entre normas, sendo a distinção entre regras e princípios, o ponto de partida acerca das possibilidades e limites da racionalidade no campo dos direitos fundamentais.

Portanto, diante dos critérios como segurança jurídica, previsibilidade, impressão dos enunciados por princípios, e a maquinização da disciplina jurídica por regras, entende-se que é necessário um modelo misto fundado tanto em princípios como em regras que desempenham funções distintas no ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2014, p. 22)

É consenso entre a maioria, que é impossível conviver em sociedade sem a existência de regras, limitações e controle judicial para se chegar a um bem estar social. Tal controle advém do Poder Público por meio de leis existentes em um Ordenamento Jurídico. A consequência disso é a necessidade de se cumprir o que a lei determina, incorrendo em sanções àqueles que se comportarem de modo adverso ao ordenamento. Dentre as sanções mais rígidas, está a penal, pois limita o direito de liberdade do cidadão, sendo, portanto, a *ultima ratio* do controle estatal.

A presunção de inocência está constitucionalmente prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federativa da República do Brasil, dispondo que “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até esgotadas todas as possibilidades de provas e julgamentos.

O presente trabalho busca exatamente desmistificar o principio acima disposto frente à interpretação do STF no HC 126.292-SP, que possibilita a execução provisória da

pena em julgamentos de segunda instância, ou seja, antes da sentença penal condenatória definitiva.

Longe de tentar responder todos os anseios existentes em meio ao debate, a tentativa aqui é de demonstrar e entender como funciona o princípio da presunção de inocência e como este, se comportará frente à nova jurisprudência adotada pelo STF, compreendendo após, que frente a determinados casos, tal princípio, apesar de constitucionalmente protegido, pode ser relativizado.

Para tanto, no primeiro capítulo, busca-se trazer um panorama geral sobre regras e princípios, tecendo suas principais características e diferenças para a partir daí, entrar no foco do presente trabalho, qual seja, um estudo sobre princípios.

Em um segundo capítulo, após delimitado e explicado a natureza de um princípio constitucional, é traçado, a partir das ideias de Alexy, como funciona a proporcionalidade de diferentes princípios válidos, mas convergentes, em um mesmo caso, compreendendo aqui, o funcionamento da ponderação como instrumento válido para resolução do conflituosa entre princípios.

No terceiro capítulo é explicado o princípio da presunção de inocência no direito brasileiro e por qual motivo o STF alterou seu entendimento buscando a relativização do princípio citado.

O quarto capítulo, por sua vez, adentra, propriamente o tema central objeto desta análise, demonstrando como a utilização da teoria principiológica de Alexy justifica a relativização de um princípio que até pouco tempo, era considerado como absoluto.

O quinto capítulo, de forma complementar ao quarto, demonstra a convergência de princípios constitucionais válidos em um mesmo caso e mostrando a partir desse ponto, a necessidade de, a depender do caso, relativizar a presunção de inocência, buscando dessa forma, uma justiça cada vez mais justa e democrática.

O capítulo conclusivo irá evidenciar a proposta principal e encerrará o trabalho, demonstrando que diante da realidade social e política que passa o país e do peso dado aos princípios ora em comento, a relativização da presunção de inocência

mostra-se como afirmação da efetividade do sistema penal brasileiro e da democracia.

DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS

De acordo com Robert Alexy em seu estudo sobre a Teoria das Normas Fundamentais, existem vários critérios para se distinguir regras de princípios, mas iremos nos ater àquela que o citado doutrinador considera como correta, qual seja, aquela em que as diferenças entre regras e princípios não são apenas de caráter gradual, mas também de caráter qualitativo. Nas palavras do próprio autor.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...)

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2011, p. 90-91).

Neste sentido, vê-se que enquanto as regras são determinações a serem seguidas, princípios são mandamentos de otimização que nos levaram a mais de uma possibilidade dentro de um campo fático e jurídico aceitável.

Alexy distingue as normas jurídicas em regras e princípios. O critério central para a sua classificação está na forma como cada tipo de norma é aplicada. Enquanto as regras têm caráter de “mandados definitivos”, os princípios constituem “mandados de otimização”, o que significa que as regras são analisadas segundo o parâmetro de validade e ordenam, quando válidas e passíveis de aplicação, uma conduta que deve ser realizada exatamente da forma como elas exigem. De outra forma, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, o que importa a possibilidade de serem satisfeitos em diferentes graus (ALVES; GUIMARÃES, 2011, p. 23-24).

A diferença entre as regras e os princípios na teoria alexyana fica evidente a partir da solução que o autor apresenta para os casos de conflito de regras e de colisão de princípios. Ele assevera que o conflito de regras é resolvido perquirindo-se sobre a validade de cada norma em conflito, de forma que a aplicação de uma regra

representaria a invalidade da outra. De modo diverso, os princípios podem ser ponderados nos casos em que houver tensão entre mais de um deles no caso concreto (ALVES; GUIMARÃES, 2011, p. 24).

Para melhor esclarecer tais diferenças, é possível demonstrar por exemplos de conflitos entre regras e conflitos entre princípios.

As regras evocam a ideia do dever-ser, ou seja, aquilo que é imposto deve ser seguido, e caso haja conflitos, é necessário que uma das regras seja declarada inválida ou que uma das regras tenha uma cláusula de exceção.

Alexy utiliza, para melhor explicitar, o exemplo do sinal escolar, em que o aluno só poderá sair de sala, após o toque do sinal, salvo quando tocado o alarme de incêndio. Há aí, a introdução de uma cláusula de exceção, o aluno não sairá de sala antes do toque do sinal, exceto em caso excepcional, qual seja, o incêndio.

Caso não haja possibilidade da introdução da cláusula de exceção, uma regra deve ser declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico, isso porque as regras devem ser satisfativas, e aquilo que é imposto deve ser seguido, sem qualquer tipo de relativização.

Por sua vez, os princípios levam em considerações todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e caso haja um conflito entre princípios, um destes deverá se sobrepor sobre o outro em determinado caso, e diferentemente das regras, não será extirpado do ordenamento jurídico, e sobre isso, assim descreve Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder.

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2011, p. 93).

O que o autor quer dizer, é que a precedência de determinado princípio será visto a luz de determinado caso concreto, e neste determinado caso concreto, um princípio terá mais peso que o outro.

Daí surge o instrumento da ponderação, sendo este, por meio da argumentação, a via adequada para solucionar determinados casos quando do surgimento dos conflitos entre princípios. Ainda nas palavras de Alexy.

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 103-104).

Dessa forma, diferente das regras, os princípios serão mandamentos de otimização que darão ou não razão a determinado fato jurídico, em suma, os princípios não darão uma decisão, mas uma direção a ser tomada, que com a ponderação e/ou sopesamento de eventuais conflitos entre princípios, darão fundamentação a determinado caso.

Neste aspecto, tais princípios servem para ordenar uma decisão que seja utilizada o mandado de otimização. O fato de ser evocado na resolução de um conflito, não é passível de se tornar uma causa determinante, uma vez que o princípio não pode ser confundido com a regra, conforme a Teoria Principlológica de Alexy (ALEXY, 1999, p.95).

Diante de todo o exposto e visto que, no caso que aqui será estudado, há uma colisão entre princípios, em que um deverá ter precedência em relação a outro, sendo ambos válidos, mas com pesos diferentes, será dada prioridade ao estudo dos princípios e de seus eventuais conflitos.

A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A COMPREENSÃO DA PONDERAÇÃO COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

Para melhor compreender a natureza da proporcionalidade, ou seja, o sopesamento/ponderação propriamente dito, a Teoria de Alexy indica uma conexão entre a natureza dos princípios e das normas fundamentais com a chamada máxima da proporcionalidade, que por sua vez, é definido em três campos diferentes, mas que se completam, são eles, a máxima da adequação e a máxima da necessidade, que compreendem as possibilidades fáticas de um determinado caso, e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, indicando as possibilidades jurídicas, sendo este, o sopesamento propriamente dito, definido da seguinte forma.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.(ALEXY, 2011, p. 117-118).

Por tal explanação, vê-se que o instrumento da ponderação é deduzível da própria teoria das normas fundamentais em seu caráter principiológico, na medida em que, da colisão de princípios antagônicos, porém válidos, chega-se a uma decisão por meio do sopesamento, tendo como fundamento, a precedência de um sobre o outro.

Por sua vez, no campo das possibilidades fáticas, tem-se a máxima da necessidade, simplificado pela escolha do meio menos gravoso, ou seja, para se chegar a um objetivo, deve-se realizar pelo meio menos gravoso ao objetivo. Tal medida é estruturada por Alexy da seguinte forma.

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1 em vez

de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas (ALEXY, 2011, p. 119).

A relação entre as possibilidades de fato e possibilidades de direitos, são latentes, visto que, após o exame da necessidade se segue para o exame da proporcionalidade. Em suma, o exame da necessidade, irá privilegiar uma medida em relação à outra, medidas estas que se ligam e respeitam determinados princípios, por sua vez, o exame da proporcionalidade, irá efetivamente escolher, por meio do sopesamento de princípios colidentes, a alternativa mais eficaz ao plano fático e jurídico.

Por fim, de mais fácil compreensão, mas não menos importante, está o exame da adequação, que nada mais é do que o meio mais adequado a se chegar o objetivo desejado, e que assim é definido pelo autor.

Em face do que foi dito até aqui, a dedução do exame da *adequação* não constitui um problema. Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele -, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1, afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 120).

Dessa forma, no caso de colisão entre princípios, um terá precedência em face de outro, observados os critérios da ponderação, instrumento eficaz a resolução de conflitos e colisões entre princípios.

DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À NOVA DECISÃO OFERECIDA PELO STF

O direito é um conjunto de normas essenciais à vida em sociedade que regem questões específicas para o funcionamento de uma democracia. Culminado a isso, surge a constituição e a interpretação constitucional como principal fonte do direito no plano hierárquico, aqui, surgem como método de fortalecimento das teses jurídicas, os princípios jurídicos e constitucionais, que assim estão nos dizeres de Ingo Sarlet:

Sob o rótulo “princípios da interpretação constitucional” cuida-se de elencar um catálogo do que se poderia designar de técnicas e diretrizes para assegurar uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação (e aplicação) da constituição e de suas normas (princípios e regras), portanto, auxiliar na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais. (SARLET; MITIDIERO, 2013, p. 219).

O princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição brasileira de 1988 é um direito fundamental consagrado que assegura a efetiva garantia de Dignidade Humana, e traz como ideia central o sentido de que só haverá culpa após trânsito em julgado de sentença penal condenatória definitiva.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade são direitos fundamentais – tratados como sinônimos – concebidos e assegurados pela Constituição Federal de 1988, mas que tem um marco histórico de forte concepção, visto que surge a partir da necessidade de se rebelar contra o sistema penal inquisitório, sistema este, que não garantia qualquer hipótese clara de defesa ao acusado, fazendo surgir então, a necessidade de um Estado menos arbitrário e que tenha em seu conjunto normativo a possibilidade de ampla defesa.

Sobre o princípio da presunção de inocência, assim subscreve o art. 5º, LVII da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, demonstrando assim, que antes desse marco, qual seja, trânsito em julgado, o acusado será presumivelmente inocente.

Sobre o assunto, assim escreve a doutrina:

De tal sorte, o reconhecimento de uma autoria de infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da

CF/88). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações de excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 69-70).

Visto tais explanações sobre o dito princípio, mostra-se um entendimento consolidado de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não é outro o entendimento da doutrina majoritária, e também foi o do STF certo tempo, ocorre que o Supremo modificou entendimento gerando grande discussão acerca do que envolve a presunção de inocência.

Pelo novo entendimento, o órgão pleno decidiu pela possibilidade de se iniciar a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância, ainda que pendente de recurso, trazendo a tona a discussão sobre sua (in)constitucionalidade e retrocesso.

Inicialmente, válido é, destacar principalmente, os argumentos utilizados pelo ministro relator Teori Zavascki, no HC 126.292-SP, para relativizar o princípio da presunção de inocência e autorizar a prisão após condenação em segunda instância.

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 ao 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 contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto enafastável para condenação - , embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali, que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu, fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via de revisão criminal, é, portanto no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal

do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo haido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado fundados em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (...)

Em sua interpretação, o ministro se utiliza da separação das situações fáticas e de direito, mostrando que incumbe aos tribunais ordinários o exame e reexame dos fatos, ficando ao encargo dos Tribunais Superiores apenas as matérias de direito, dessa forma, de acordo com o pensamento do ministro Teori, a execução (provisória) da pena, não compromete o núcleo real do princípio da presunção de inocência, visto que o acusado, a todo momento da persecução processual criminal, foi tratado como inocente, gozando de sua liberdade, não desrespeitando portanto, o sistema acusado atual, dotado de garantias ao réu.

Ademais, cumpre destacar, que ainda em seu parecer, o ministro se utiliza de argumentos do direito comparado, mostrando que nenhum país no mundo, após examinadas as provas fáticas, suspendem uma execução condenatória aguardando nova decisão de tribunal hierarquicamente superior.

Mostra-se então, que da nova decisão do STF, extrai-se não apenas o princípio da presunção de inocência como absoluto perante os casos processuais penais, mas todo um estudo de caso a luz de outros princípios e de todas as possibilidades fáticas admitidas que norteiam o direito, visto que, democracia não se faz com garantias voltadas apenas ao acusado, mas a sociedade como um todo.

Busca-se, portanto, demonstrar a constitucionalidade da nova decisão, qual seja, autorização de condenação após julgamento em segunda instância, a luz não apenas do princípio da presunção de inocência, mas de outros princípios e outros interesses que norteiam o ordenamento jurídico e corroboram para um Estado Democrático de Direito.

A UTILIZAÇÃO DA TEORIA PRINCIPOLÓGICA DE ALEXY COMO PARAMETRO PARA JUSTIFICAR A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como já exposto, o principal problema enfrentado por este tema, é se a execução pode ou não ser iniciada após analisado o duplo grau de jurisdição. Nota-se aqui, que a relativização ao princípio da presunção de inocência não se dá de imediato, mas apenas depois de finalizadas as matérias de fato, em primeira e segunda instância.

Posto isso, para que não haja excessos nas garantias dadas ao réu e nem de abertura ao retorno do estado inquisitório com os excessos do direito de punir, o Direito deve ser pensado com uma maior ideia de justiça, tendo os direitos fundamentais – como o caso da não culpabilidade – limitações, não sendo, pois, o princípio da presunção de inocência, absoluto, visto que como tal, não é uma regra, e não é compatível com a ideia do dever-ser, ou do tudo ou nada, mas é um princípio, que de acordo com todas as possibilidades fáticas e de direitos e em conjunto com outras ordens constitucionais, será ponderado, levando um determinado caso, ter a precedência do meio mais adequado e menos gravoso, não só ao condenado, mas à sociedade ou a vítima do ilícito.

O que há, inicialmente, é um sentimento de que a justiça se estabeleça por meio de ações que sejam proporcionais e razoáveis e não apenas definidas com base na vontade do soberano ou daquele que administra a coisa pública (BUSSINGUER, 2014, p. 64).

A professora e doutora Elda Coelho, em um estudo sobre a Teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, faz uma breve, mas interessante relação deste princípio (proporcionalidade) com as idéias de Montesquieu.

Quando Montesquieu (...) se propõe, em seu livro sexto da obra *Espírito das leis*, a enfrentar o problema da necessária simplicidade das leis civis e criminais e apresenta a ideia da **justa proporção entre as penas e os crimes**, ele está defendendo a concepção de que a justiça e os representantes do Estado são dependentes de um modelo de agir subordinado à proporcionalidade e não apenas à legalidade. Ou, melhor dizendo, a lei deve se subordinar à justa proporção, que não pode ser tratada em abstrato, mas, sim, no caso concreto. (BUSSINGUER, 2014, p. 67).

É evidente, que a realidade em que vivemos hoje se diferencia da realidade de 50 anos atrás, dessa forma, o princípio da proporcionalidade dará aos fatos e as leis, interpretação mais adequada com a realidade atual, devendo o caso, seja qual for, julgado a luz da proporcionalidade.

Ao mesmo passo em que a professora Elda Coelho dita a importância da teoria Alexyana, ela faz uma crítica ao cenário brasileiro, que apesar de se utilizar da proporcionalidade, o faz de maneira vaga.

O acolhimento da proporcionalidade, no Brasil, conquanto tenha ocorrido na opinião de alguns há mais de quatro décadas, ainda não logrou alcançar uma densidade teórica que nos permita falar em compreensão unificada e harmônica de conceitos e de métodos de aplicação. O Supremo Tribunal Federal, apesar de ter assumido a Teoria Alexyana como método de resolução de conflitos envolvendo Direitos Fundamentais, parece utilizá-la, ainda, de forma rasa e superficial, contendo-se, em suas decisões, a citar o princípio sem, contudo sustentar sua utilização a partir de um raciocínio argumentativo com a solidez e a consistência que um processo dessa natureza requer e tal qual o temos visto em decisões de tribunais alienígenas (BUSSINGUER, 2014, p. 90).

É preciso sempre destacar, que a proporcionalidade assumiu peso de princípio constitucional, e como tal, deve ser tratado, pois é aqui, em que se tem o cerne para a resolução de conflitos envolvendo Direitos Fundamentais ou outros princípios que cabem em um mesmo fato, mas se contradizem.

Com efeito, aqui não há uma inversão de valores ou diminuição da justiça como democracia, com violação ao direito dos menos afortunados, até porque, os que mais se beneficiam de tal ideia absoluta do dito princípio, são os autores dos crimes de colarinho branco. De outro lado, leva-se em consideração a dor psicológica de uma vítima de estupro, que após ver o réu condenado em duas instâncias, finalmente verá a justiça sendo feita.

A ponderação do princípio da presunção de inocência será feita com o princípio da efetividade do sistema penal, à proteção da sociedade e do Estado em conjunto com o princípio da motivação das decisões judiciais, visto que nem o ordenamento jurídico brasileiro, e nem a teoria de Alexy admitem que a ponderação das decisões seja feita sem a argumentação pertinente.

É certo então, que não há uma resposta geral e absoluta, devendo sempre levar em consideração o caso concreto, e recorrendo sempre que possível, à ponderação.

Com efeito, se o sistema jurídico contemporâneo brasileiro confere ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo, para que suas decisões não serem acusadas de serem arbitrárias e ilegítimas, é necessária à sua justificação (OLIVEIRA, 2014, p. 38)

Visto isso, vê-se que a ponderação e argumentação caminham juntas, com vistas à melhor solução de um problema, não sendo a ponderação, instrumento único de justificação de uma decisão, mas uma ferramenta que irá fundamentar a partir da argumentação, tal decisão.

Ademais, a própria argumentação se transforma em uma ferramenta jurídica para o convencimento de que a ponderação, a depender de cada caso concreto, deve ser relativizada.

João Mauricio Adeodato traz um estudo sobre a Retórica Jurídica e os efeitos hermenêuticos e argumentativos que um orador traz consigo, ao fundamentar uma decisão, sendo a linguagem, o aparato utilizado para o convencimento.

(...) a linguagem é mero instrumento, um meio para a descoberta da verdade, que pode ser aparente, para uns, ou se esconder por trás das aparências, para outros, com todas as combinações e ecletismos. O importante é a ideia de que, com método, lógica, intuição, emoção e todo o seu aparato cognoscitivo competentemente aplicado, é possível aos seres humanos chegar à verdade em seu contato com o mundo, a uma conclusão que coagiria todos a aceita-la (ADEODATO, 2012, p. 340).

Ainda se aprofundando ao ideal histórico da retórica, Adeodato visualiza o estudo a partir dos conceitos definidos por Aristóteles, assim dizendo:

Aristóteles diz expressamente que a retórica não é ciência poética, definida como aquela que produz seu próprio objeto, contrariando aí a sofística. O entimema é meio técnico originário da dialética transposto para a retórica. A dialética em Aristóteles é vista mais como uma técnica argumentativa do que como uma ciência teórica sobre as estruturas argumentativas. A retórica se assemelha, por um lado, à dialética, por outro, aos argumentos sofisticos.

Quer dizer, a retórica não se ocupa apenas do que é persuasivo, mas também do que parece sê-lo (ADEODATO, 2012, p. 358-359).

Sendo assim, a retórica em si, como forma de externar uma oratória e uma linguagem, parte de um pensamento complexo que se solidifica a partir de uma relação feita entre o orador e o ouvinte, ou seja, “apesar de constituir núcleo da persuasão, o entimema não é a única via. A retórica não se ocupa do entimema, o qual refere-se à parte técnica e emocionalmente mais neutra da argumentação. A retórica ainda ocupa-se da credibilidade do orador e da relação de afeto entre orador e ouvinte, as outras duas vias mais importantes da persuasão, separadas da perspectiva lógica e silogística da teoria do entimema” (ADEODATO, 2012, p. 359).

Cabe ressaltar, que o estudo do entimema, termo utilizado por Aristóteles e que tem estreita ligação com a retórica, tem em seu cerne, forte relação com estudos jurídicos, visto que as decisões, apesar de partir de normas gerais e abstratas, revelam o argumento como fonte estratégica de convencimento, sendo esta a principal arma do magistrado, sendo que “muitas vezes a norma geral não produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais ela se dá, mas apenas serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso e produzida por vias diferentes, que não se confundem com o texto ou a norma invocada, ainda que o interprete pense ingenuamente, ou alegue estrategicamente, partir dela.” (ADEODATO, 2012, p. 372).

Assim, tem-se a retórica como uma arte de convencimento, ou seja, a ferramenta necessária para gerar convencimento ao ouvinte, sem deixar escapar a ideia de justiça e equidade. A argumentação utilizada aqui, busca exatamente, dentro de possíveis conclusões, demonstrar a partir de um discurso retórico, que será possível utilizar o método da ponderação para aplicar o princípio da presunção de inocência a certos casos, possibilitando a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância.

Consubstanciado a própria argumentação, a doutrina de Paulo Rangel, também relativiza o princípio da presunção de inocência, sustentando que ao sentenciar um caso e presumir culpa, o magistrado está obedecendo ao princípio das motivações das decisões judiciais, e assim explica.

(...) a própria Constituição Federal, dentro do mesmo título dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade jurídica*

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Assim, deixa claro que a prisão somente por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (ou flagrante delito).

O juiz, ao decidir pela decretação da prisão nos termos do art. 2º, §3º, da Lei nº 8.072/1990, está obedecendo ao princípio da *motivação das decisões judiciais* inserido no art. 93, IX, da Constituição Federal (RANGEL, 2014, p. 25-26).

Mostra-se então, de extrema importância, que analise os casos processuais penais não apenas a luz do princípio da presunção de inocência, mas de diversos princípios que norteiam o direito, até porque, democracia não se faz apenas com garantias voltadas ao acusado, mas a sociedade como um todo.

Dessa forma, como já exposto no presente trabalho, o princípio das decisões fundamentadas, entra em jogo quando se pensa na ponderação como ferramenta útil que levará o magistrado a uma decisão mais justa e democrática, sendo tal ponto, uma das argumentações que levam o STF a justificar a relativização da presunção de inocência.

O ministro Luís Roberto Barroso, em determinado momento de seu voto no HC 126.292/SP, sustenta a ideia de se analisar as máximas da ponderação em acordo com o caso concreto e com fases processuais de uma possível condenação criminal.

Por exemplo, na fase pré-processual, quando há a mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há a sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há a demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas (STJ, 2016, p. 41).

É perceptível a preocupação do excelentíssimo Ministro com a organização e efetividade constitucional do sistema penal, vê-se ainda, que assim como dita a teoria de Alexy, o Ministro atribui, sob determinadas condições e sobre as matérias de fato e jurídicas que serão apresentadas durante a persecução penal, peso e precedência de um princípio sobre outro, reafirmando a necessidade de se realizar a ponderação, tendo o princípio da presunção de inocência, seu peso diminuído de acordo com o andamento do processo penal.

Conforme dita Alexy ao lecionar sobre a teoria principiológica, deve-se utilizar a ponderação como uma máxima de otimização de acordo com possibilidades jurídicas e fáticas, tendo a depender do caso concreto, diferentes graus, consubstanciado a isso, ao justificar seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso mostra que na condenação em segundo grau de jurisdição já uma demonstração segura da responsabilização penal do réu, sendo este momento, propício a ponderação do princípio da presunção de inocência.

DA DEMONSTRAÇÃO DE COLIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS E DA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO

Conforme já demonstrado, o que se está em jogo, é a constitucionalidade ou não da relativização do princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade, sendo o seu contraponto, a efetividade da lei penal em conjunto com o melhor interesse da sociedade.

Vale ressaltar neste momento, que junto com a ponderação, há a demonstração do princípio da motivação das decisões judiciais.

Pois bem, enquanto o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, declara a ideia de que o réu jamais deverá sentir os efeitos de uma condenação até a afirmação definitiva de sua responsabilidade penal, têm-se de outro lado, valores que se ligam a efetividade do sistema penal condenatório brasileiro. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros (STJ, 2016, p. 40).

É possível que se fale neste momento, do instituto da Mutação Constitucional, que nada mais é, que a alteração do sentido interpretativo de uma norma, dando um novo alcance ao texto constitucional, e assim é definido pela doutrina de Gilmar Mendes.

O estudo do poder constituinte de reforma instruiu sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a

predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional (MENDES; BRANCO, 2018, p. 133).

Sobre o mesmo tema e de igual relevância e pertinência ao presente trabalho, a mutação constitucional é assim explicada pelo doutrinador e ministro Luís Roberto Barroso.

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais (BARROSO, 2018, p. 90).

Vê-se então, que a mutação constitucional é uma ferramenta informal que permite a alteração e modificação do alcance das normas constitucionais, sem que haja modificação do texto legal, modificando-se apenas, o sentido e a interpretação dada à determinada norma legal.

À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular (BARROSO, 2018, p. 91).

O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo com o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do

intérprete, especialmente em matéria constitucional (BARROSO, 2018, p. 91-92).

É imperioso destacar, que a mutação constitucional, se torna ainda um meio legítimo de mudança informal da Constituição, que apesar de não previsto expressamente pela Carta Magna brasileira, é autorizada por ela, como bem aponta o professor e doutor Adriano Sant'ana Pedra.

Não terminologia uniforme para se denominar o fenômeno das mudanças informais das constituições. Jorge Miranda utiliza o termo *vicissitude de constitucional tácita*, como foi visto antes, enquanto José Joaquim Gomes Canotilho emprega a expressão *trasição constitucional* para se referir à “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem o mudar o texto” (PEDRA, 2017, p. 127).

Assim, a mutação constitucional constitui um processo informal de alteração da Constituição, que cuida de sua atualização e concretização. Tal fenômeno possui a particularidade de não se encontrar expressamente previsto no próprio texto constitucional, diversamente do que ocorre com a reforma (e a revisão) constitucional, que está prevista e há de processar-se nos exatos termos e limites expressos na Constituição (PEDRA, 2017, p. 129).

Não obstante, como visto no capítulo anterior, atualmente afastada do seu passado “preponderantemente político, a mutação constitucional passou a situar-se no âmbito da interpretação/concretização das normas constitucionais”. Ao contrário das soluções teóricas propostas no final do século XIX, quando a mutação constitucional era tida como resultado da incidência conformadora do fático sobre o jurídico, atualmente ela torna-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela Constituição (PEDRA, 2017, p. 129-130).

O caso em tela demonstra de maneira clara a mutação constitucional, no momento em que, a partir de uma nova realidade social, mais condizente com os fatos e acontecimentos da atualidade, como o alto número de processos sem julgamento, havendo sempre a procrastinação processual, o que vai de encontro com a celeridade processual; a seletividade do processo penal, tendo os mais abastados – e aqui, há uma relação íntima com a procrastinação processual – melhores condições de contratar bons advogados e recorrer aos julgamentos em liberdade, e por último, o descrédito do sistema penal perante a sociedade, que a cada dia confia menos ao sistema de justiça brasileiro.

A mutação constitucional aqui então, demonstra uma mudança interpretativa da norma, devido a uma mudança da própria realidade brasileira, seja ela social ou

política. A explicação para tal mudança interpretativa então, vem junto com a aproximação da norma ao fato.

Por conseguinte, e como já dito anteriormente, o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, observado também, o artigo 93, inciso IX, que são assim descritos.

Art. 5º - (...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e competente (...).

Art. 93 – (...)

IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

Dessa forma, resta claro que a constituição deve ser interpretada de forma sistemática, observados todos os institutos e princípios conjuntamente, sem levar a discussão, um único princípio de forma isolada.

Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretados *systematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória) (STJ, 2016, p. 36).

Resta evidente, que a privação da liberdade aqui não é tratada de maneira desleixada, pelo contrário, a prisão é feita com muita cautela, e utilizada apenas após o julgamento em duas instâncias, o que já demonstraria clara culpabilidade do réu, que será executado, mesmo que provisoriamente. Dito isto, a prisão virá

acompanhada de decisão fundamentada, podendo a sentença que determinar a execução, se não respeitados estes pressupostos, ser considerada nula. Parece claro então que o princípio da presunção de inocência e a falta do trânsito em julgado definitivo, não são argumentos completamente válidos para que impeçam a prisão em regime de execução provisória da pena.

Por conseguinte, infelizmente, a procrastinação é uma realidade brasileira, nesse ponto, não há o que se discutir, e quanto a isso, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao falar do atual entendimento do princípio da presunção de inocência – de que não há relativização - explica da seguinte forma.

(...) Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (Res e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (STJ, 2016, p. 33).

E assim segue.

Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos (STJ, 2016, p. 46).

Ocorre que os exemplos dados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, não constituem exceção, e sim regra. É a partir daqui que entra uma nova consequência e problemática, a segregação racial.

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm

dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem da periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária (STJ, 2016, p. 33-34).

É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito (STJ, 2016, p. 47).

Posto isto, e levando em consideração todas as ideias aqui já expostas, desde a realidade social em que o Brasil vive atualmente até o princípio das decisões fundamentadas, é preciso trazer novamente à tona o princípio da proporcionalidade, sendo este, a ponte entre um conflito de princípios válidos e uma decisão mais célere e justa que trará maior efetividade constitucional da lei penal.

Não resta dúvida então, que na medida em que o processo avança (passando por julgamento em primeira instância e depois por julgamento em segunda instância) o peso e o grau atribuído ao princípio da presunção de inocência, vai gradativamente sendo diminuído, visto que as provas e as condenações trazem à toga a responsabilidade penal do réu, aumentando, por conseguinte, o peso da efetividade do sistema penal condenatório.

É necessário dizer mais uma vez, que havendo condenação em segunda instância, encontram-se esgotadas as questões de autoria, materialidade e fáticas, sendo reservada a última instância, apenas as questões de direito e a proteção das normas constitucionais em pauta.

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria e materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, "*as causas decididas em única ou última instância*". Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP) (STJ, 2016, p. 41).

Por fim, a diminuição do peso e do grau dado ao princípio da presunção de inocência não significa uma violação a preceitos e princípios constitucionais e nem que o Brasil estará envolvido em um retrocesso constitucional. Como já posto, diante dos fatos e provas demonstrados em conjunto com duas decisões fundamentadas condenando o réu a uma execução provisória, darão credibilidade e efetividade ao sistema penal condenatório.

Dessa forma, não resta dúvida que a execução provisória após condenação em segunda instância, não prejudica e nem viola a Constituição Federal e sim promove outros preceitos tutelados constitucionalmente, como a vida, a dignidade humana, proteção física e moral das pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, fica demonstrado que diante da situação social pela qual o Brasil passa e pelo grau e peso que são dados aos princípios em voga durante toda a persecução penal, que a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância não viola a Constituição, ao ponto que, sob a visão de outros princípios, de igual importância, outros direitos são promovidos juntamente com a credibilidade do judiciário brasileiro, cada vez mais criticado pela sociedade.

Ademais, a procrastinação é uma realidade brasileira, e isso leva a uma movimentação desnecessária do Poder Judiciário, gastando os já escassos recursos da máquina jurídica do país, se que haja um proveito efetivo da justiça, causando desrespeito à própria constituição.

Depois de demonstrados dados, como visto no capítulo anterior do presente trabalho, a procrastinação processual, além de ir de encontro com a celeridade e com o devido processo legal, gera como já afirmado, uma nova consequência, qual seja a da seletividade ou segregação do sistema penal.

É inegável que quanto mais dinheiro, melhores serão os advogados contratados, por outro lado, não tendo o réu recursos econômicos, a saída é ir para a Defensoria Pública, que infelizmente aqui no Brasil, não tem a estrutura necessária para fazer todas as defesas da forma que seria com um advogado particular, tendo este último, todas as ferramentas necessárias para procrastinar cada vez mais, e aumentar de maneira grotesca a demanda processual do Poder Judiciário, sendo muito mais fácil acontecer a prisão de um pobre, morador da favela, do que eu um “riquinho” e/ou político.

Ocorre que dessa forma, é criada uma bolha fortificada dentro do sistema penal que da grande abertura à corrupção no sistema jurídico brasileiro, além de demonstrar de diversas formas, a ineficiência do sistema penal, o que gera, por último, revolta, críticas e descrédito de um judiciário que promete e não cumpre.

Em suma, a relativização do princípio da presunção de inocência, ao invés de manchar negativamente a Constituição, torna-se uma base protetora da ordem pública, ou seja, estudando um determinado caso, e após a análise das provas e do

sopesamento dos princípios constitucionais em voga, será feita uma decisão fundamentada que dirá se haverá ou não o início da execução (provisória) após o julgamento em segunda instância, não havendo violação ao princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Retórica como metódica para estudo do direito**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p55>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª Ed. São Paulo, 2012.

ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Marina Oliveira. **Justificação Racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jurgen Habermas**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n. 2, 2011. Vitória/ES.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo, n. 217, 1999.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo**. 7ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC. 126.292-SP. São Paulo. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 02 abr. 2019.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy: Uma Contribuição Epistêmica para a Construção de Uma Bioética Latino – Americana**. Brasília, 2014.

DE OLIVEIRA, Heletícia Leão, **Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: Uma leitura a partir de Robert Alexy**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vol. 15, 2014. Vitória/ES.

GOMES, Rodrigues Renato. **Desmistificando a presunção de inocência**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/31921019/Desmistificando_a_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%Aancia?auto=download>. Acesso em: 16 maio. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional: Interpretação Evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional**. 3ª ed. Lumen Juris, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22^a ed. São Paulo, Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13^a Ed. Salvador-BA, Editora JusPodvm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a Ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.