

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**FRANCILLON DA SILVA SOUZA**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: VIOLAÇÃO OU PONDERAÇÃO DO  
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE?**

**CARANGOLA**

**2017**

**FRANCILLON DA SILVA SOUZA**  
**FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: VIOLAÇÃO OU PONDERAÇÃO DO  
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE?**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Doctum de Carangola, como  
requisito parcial à obtenção do título  
de bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito  
Constitucional e Direito Processual  
Penal**

**Orientadora: Prof. Marluza Fernandes  
Roriz**

**CARANGOLA**

**2017**



## FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

### FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: VIOLAÇÃO OU PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE? foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceito pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola, como requisito parcial da obtenção do título de

### **BACHAREL EM DIREITO.**

Carangola, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20\_\_

---

Orientadora: Prof. Marluza Fernandes Roriz

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

Dedico esse trabalho a Deus, aos meus pais e aos meus amigos. Aquele pelas misericórdias de cada dia e esses por sempre terem acreditado na minha capacidade. A força de vocês me fez chegar até aqui.

“Todos podemos ser criaturas reativas, que acordam do seu sono profundo sempre que uma ameaça ronda as nossas instituições e os nossos valores mais preciosos. ‘Reagir’, por si só, significa pouco, embora seja o primeiro passo para defender o que se encontra sob ameaça” (COUTINHO, 2014, p. 33).

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
ampl.	ampliada
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
art.	artigo
arts.	artigos
atual.	atualizada
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
etc.	<i>et cetera</i> (e assim por diante)
DF	Distrito Federal
DIVULG	Divulgação
DJe	Diário da Justiça eletrônico
ed.	edição
EREsp	Embargos em Recurso Especial
HC	<i>habeas corpus</i>
ISSN Normalizado	<i>International Standard Serial Number</i> (Número Internacional para Publicações Seriadas)
jan.	janeiro
Jr.	Júnior
jun.	junho
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
Min.	ministro
MS	Mandado de Segurança
N.º	número
PDF	<i>Portable Document Format</i> (Formato Portátil de Documento)
PR	Paraná
PUBLIC	Publicação

p.	página
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relatoria
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
rev.	Revista
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
S/A	Sociedade anônima
téc.	técnica
v.	volume

## RESUMO

A execução provisória da pena, apesar de ser permitida há vários anos, exceto por um curto período entre 2009 e 2016, sempre foi um tema que trouxe grande discussão no cenário jurídico brasileiro. O julgamento do HC 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, elevou ainda mais o debate sobre o tema, uma vez que a Corte Suprema voltou a permitir que a pena fosse executada antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, se já houvesse, no mínimo, uma decisão proferida em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça competente. Destarte, muitas foram as críticas sobre a referida decisão, alegando, em suma, que houve violação ao princípio da presunção de não culpabilidade/inocência. Diante disso, o presente trabalho tem por escopo analisar a execução provisória da pena através da interpretação constitucional, analisando as normas que se conflitam no caso e utilizando dos métodos de solução de conflitos cabíveis para, ao final, concluir se a execução provisória da pena se trata da violação do princípio da presunção de inocência ou faz referência a ponderação de normas constitucionais, visando a harmonia do ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** execução provisória da pena; princípio da presunção de não culpabilidade/inocência; ponderação de interesses; constitucional.

## ABSTRACT

The provisional execution of the sentence, despite being allowed for several years, except for a short period between 2009 and 2016, has always been a topic that has brought great discussion in the Brazilian legal scene. The judgment of HC 126.292/SP, by the Federal Supreme Court in 2016, further raised the debate on the topic, once the Supreme Court again allowed the sentence to be executed before the final judgment of the conviction, if there had already been at least one decision rendered on appeal by the competent Court of Justice. There were many criticisms of that decision, alleging, in summary, that there had been a breach of the presumption of non-culpability / innocence. The purpose of this paper is to analyze the provisional execution of the sentence, through constitutional interpretation, analyzing the rules that conflict in the case, and using the methods of conflict resolution, in order to conclude if the provisional execution of the sentence deals with the breach of the principle of presumption of innocence or refers to the consideration of constitutional norms, aiming at the harmony of the legal system.

**Key-words:** provisional execution of sentence; presumption of non-culpability/innocence; weighting interests; constitutional.

## SUMÁRIO

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	11
<b>2 PENA: CONCEITO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO</b> .....	13
<b>2.1 Pena</b> .....	13
2.1.1 Principiologia da pena .....	13
2.1.1.1 <i>Princípio da intranscendência da pena</i> .....	14
2.1.1.2 <i>Princípio da legalidade</i> .....	14
2.1.1.3 <i>Princípio da Inderrogabilidade da pena</i> .....	14
2.1.1.4 <i>Princípio da proporcionalidade da pena</i> .....	15
2.1.1.5 <i>Princípio da individualização da pena</i> .....	15
2.1.1.6 <i>Princípio da humanidade</i> .....	16
2.1.2 Espécies de pena .....	16
<b>2.2 Aplicação da Pena</b> .....	17
2.2.1 Conceito .....	17
2.2.2 Dosimetria da pena .....	18
2.2.2.1 <i>Pena-base</i> .....	18
2.2.2.2 <i>Pena intermediária</i> .....	19
2.2.2.3 <i>Pena definitiva</i> .....	19
<b>2.3 Execução da pena</b> .....	20
<b>3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	22
<b>3.1 Execução provisória da pena</b> .....	22
<b>3.2 O entendimento do Supremo Tribunal Federal</b> .....	24
3.2.1 O julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 84.078-7/MG .....	24

3.2.2 <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292/SP e a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal .....	26
3.2.3 Mutação Constitucional .....	29
<b>4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE .....</b>	<b>32</b>
<b>5 DO CONFLITO DE NORMAS E SUA RESOLUÇÃO ATRAVÉS DA PONDERAÇÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>5.1 Conflito de normas .....</b>	<b>41</b>
5.1.1 Critérios para solução do conflito de normas .....	42
5.1.1.1 <i>Critérios para solução do conflito de normas constitucionais</i> .....	43
<b>5.2 Solução dos conflitos normativos constitucionais .....</b>	<b>46</b>
5.2.1 A ponderação de interesses .....	46
5.2.2 A técnica da ponderação .....	49
5.2.3 A ponderação de interesses na execução provisória da pena .....	51
5.2.3.1 <i>As normas constitucionais em conflito na execução provisória da pena</i> .....	53
5.2.3.2 <i>Execução provisória da pena: ponderação do princípio da presunção de inocência</i> .....	54
<b>5.3 Outros fatores que tornam legítima a execução provisória da pena .....</b>	<b>61</b>
5.3.1 Aspectos da interpretação constitucional pela sociedade acerca da execução provisória da pena .....	63
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>67</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, a execução provisória da pena se tornou um dos temas mais debatidos e controvertidos no cenário jurídico nacional.

Contudo, a discussão acerca do tema em comento não é recente, muito pelo contrário, essa questão já vem sendo levantada há alguns anos entre doutrinadores e estudiosos das ciências jurídicas, chegando, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal (STF).

No ano de 2009 aconteceu o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078/MG, pela Corte Suprema, onde decidiu-se pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Todavia, tal entendimento perdurou até o ano de 2016, quando da decisão proferida na apreciação do HC nº 126.292/SP, onde o Excelso Pretório brasileiro retomou sua jurisprudência tradicional, entendendo ser plenamente possível, e constitucional, a execução provisória da pena.

Após esta última decisão, o assunto foi alvo de intensos e variados debates. Muitos foram os juristas, principalmente garantistas, que se levantaram na sociedade alegando que tal decisão violou completamente o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, sendo, assim, uma afronta aos direitos fundamentais elencados na Carta Magna.

Por outro lado, a decisão exarada foi muito elogiada por operadores jurídicos, membros das três esferas de poderes, bem como extremamente bem aceita na sociedade, que criou uma, embora tímida, maior confiança no Poder Judiciário.

Ante esse nítido embate de ideias e pensamentos, o presente trabalho faz-se totalmente pertinente, uma vez que visa analisar a execução provisória da pena, através de uma filtragem principiológica e constitucional, objetivando saber se tal instituto viola ou não o princípio da presunção de não culpabilidade.

Com isso, pretende-se, inicialmente, sistematizar de maneira simples e sucinta o instituto jurídico da pena, abordando seu conceito, base principiológica, espécies, aplicação, dosimetria, até chegar em sua execução.

Ato contínuo, procurar-se-á explanar de fato sobre a execução provisória da pena e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial analisando o julgamento dos *Habeas Corpus* acima citados (84.078/MG e 126.292/SP), para, de

fato, discutir-se acerca do princípio de presunção de não culpabilidade e os direitos constitucionalmente previstos que com ele conflitam.

Em sequência e por derradeiro, buscar-se-á enfatizar o conflito normativo constitucional que recai sobre o tema e, a partir daí, dar seguimento ao trabalho e tratar de como poderá ser solucionada a tensão normativa, de modo a respeitar a harmonia do ordenamento jurídico, inclusive utilizando até mesmo de aspectos de interpretação social da constituição que corroborarão para um desfecho coeso.

## 2 PENA: CONCEITO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO

*A priori*, visto a sistemática a ser utilizada no presente trabalho, importante se faz uma breve explanação acerca do instituto da pena e como se procedem a sua aplicação e execução de acordo com a legislação pátria e o entendimento dos Tribunais Superiores.

### 2.1 Pena

Conforme leciona o professor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 368), pena “*é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.*”

Assim, verifica-se que pena é a punição a um indivíduo pela conduta criminosa por ele cometida, que se dá através de uma sentença penal condenatória (*in lato sensu*), proferida pelo órgão jurisdicional competente, após o desfecho da ação penal, respeitados os direitos e garantias constitucionais.

Conceituado o instituto da pena, passa-se agora a uma sintética observação acerca da base de princípios que dão sustentação à pena.

#### 2.1.1 Princiologia da pena

A pena, assim como a esmagadora maioria dos institutos do Direito, é regida por uma série de princípios que norteiam desde a sua aplicação até o momento final de sua execução.

Acerca do tema, Norberto Avena ensina, *ipsis litteris*:

(...) existem determinados princípios que informam a pena e que regem todas as fases de aplicação e execução. Consistem nos seguintes: princípio da intranscendência da pena; princípio da legalidade; princípio da inderrogabilidade; princípio da proporcionalidade; princípio da individualização da pena e princípio da humanidade (AVENA, 2015, p. 27).

Desta forma, torna-se imperiosa uma rápida exposição sobre cada um desses princípios.

### 2.1.1.1 *Princípio da intranscendência da pena*

O primeiro princípio a ser abordado é o princípio da intranscendência da pena, também conhecido como princípio da personalidade ou pessoalidade, que se encontra estampado no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988 cuja inteligência diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Ao analisar o referido princípio, segundo a concepção de AVENA (2015), extrai-se a regra de que não se pode estender a sanção imposta ao sentenciado, ora autor do fato, a outrem, sob pena de violação ao princípio constitucional da intranscendência da pena. Remete-se aqui a ideia da natureza personalíssima da pena sobre a pessoa do condenado.

### 2.1.1.2 *Princípio da legalidade*

Contemplado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, o princípio da legalidade prevê que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Também conhecido sob o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, reza, em suma, que sem que haja uma lei prévia estabelecendo determinado comportamento como ilícito, não poderá este ser considerado crime nem ser aplicada ou executada pena.

Assim, se um indivíduo pratica uma conduta que não é tipificada e, conseqüentemente, não possui cominação penal, inexistirá pena a recair sobre sua pessoa, em respeito ao princípio da legalidade (AVENA, 2015).

### 2.1.1.3 *Princípio da Inderrogabilidade da pena*

O princípio da inderrogabilidade defende que, a partir do momento em que for verificada a prática de uma conduta criminosa, não pode o juiz deixar de aplicar a pena por munificência própria.

Contudo, tal princípio tem gerado algumas discussões doutrinárias. Para alguns doutrinadores, a aplicação do princípio da insignificância nos crimes

patrimoniais, que isenta o réu de pena, afrontaria o princípio da inderrogabilidade da pena.

O professor AVENA, ao abordar o tema, diz, *in verbis*:

Tem suscitado controvérsias na doutrina a questão relativa ao princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio, pois nesses casos a conduta possui tipicidade material e, não obstante, não é aplicada a pena. Para alguns, tal reconhecimento importa em ofensa ao princípio da inderrogabilidade da pena. Contornando essa ordem de argumentação, a jurisprudência tem estabelecido que a tese apenas pode ser aplicada nas hipóteses em que o valor da *res furtiva* é desprezível, pois entendimento demasiadamente extensivo acerca da insignificância afronta, efetivamente, o princípio da inderrogabilidade da pena, gerando impunidade e insegurança jurídica, o que é inconcebível no Estado Democrático de Direito (AVENA, 2015, p. 28-29).

Destarte, superada a celeuma através do explicitado pelo professor Avena, caminha-se adiante.

#### 2.1.1.4 Princípio da proporcionalidade da pena

O princípio da proporcionalidade, também notório como princípio da razoabilidade, ensina que quando da aplicação da pena o magistrado deve se valer de equilíbrio entre a infração praticada e a sanção aplicada, fazendo, assim, com que haja o devido balanceamento.

#### 2.1.1.5 Princípio da individualização da pena

Conforme dispõe o art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna “*a lei regulará a individualização da pena*”.

Nesse sentido, NUCCI (2016, p. 377) diz que de acordo com o princípio da individualização da pena, “*para cada delinquente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição*”.

Um pouco mais detalhado, AVENA discorre que:

Prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, desenvolve-se a individualização da pena em três fases: primeira, no âmbito legislativo (individualização legislativa ou formal), que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada; segunda, no âmbito judicial (individualização judicial), quando, diante do caso

concreto, o juiz do processo de conhecimento, a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente; e, terceiro, no âmbito executório (individualização executória), quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc. (AVENA, 2015, p. 29).

Outrossim, importante frisar que a individualização da pena tem seu início quando da elaboração da lei que tipifica determinada conduta e comina a pena cabível para tal, ainda na seara legislativa, para, somente depois, ter sua aplicação no caso concreto, diante do órgão jurisdicional competente.

#### 2.1.1.6 Princípio da humanidade

Por derradeiro, o princípio da humanidade diz respeito aos tipos de penas que podem ser impostas aos condenados, uma vez que estas devem respeitar uma série de princípios, como a dignidade da pessoa humana, do qual é derivado, e fatores, como a preservação da integridade física e moral, que, na prática, acabam por estar interligados.

Tal princípio resta expresso na *Lex mater*, em especial no art. 5º, inciso XLVII, ao vedar as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

#### 2.1.2 Espécies de Pena

Após a conceituação de pena, bem como sobre o alicerce principiológico que a sustenta, torna-se interessante uma sucinta ilustração sobre as espécies de pena existentes.

De acordo com o art. 32 do Código Penal Brasileiro, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

As penas privativas de liberdade se dividem em: pena de reclusão, que tem seu cumprimento efetuado em regime fechado, semiaberto ou aberto; e pena de detenção, que deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, a menos que haja necessidade de transferência para o regime fechado, nos moldes no art. 33 do Código Penal.

Por sua vez, as penas restritivas de direito são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fins de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos, conforme preconiza o art. 43 do diploma repressivo.

Já a pena de multa, prevista no art. 49 do Código Penal, como o próprio nome diz, é uma quantia fixada na sentença que deverá ser paga pelo condenado.

## 2.2 Aplicação da Pena

Tendo em vista toda a abordagem feita até aqui, mormente no que se refere a conceituação de pena, os princípios que a envolvem, bem como suas espécies, parte-se agora para um lacônico balanço no que diz respeito a aplicação da pena.

### 2.2.1 Conceito

Adiante, uma vez explanado o instituto da pena, resta agora tomar conhecimento de o que é e como se dá a aplicação da pena no mundo prático, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Afinal, o que é a aplicação da pena?

Uma excelente resposta para essa pergunta está nos ensinamentos do professor NUCCI que, ao lecionar sobre o conceito de aplicação da pena, diz, *in verbis*:

É o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização (NUCCI, 2016, p. 434).

Destarte, conforme salienta NUCCI, a aplicação da pena evidencia o já mencionado princípio da individualização da pena, visto anteriormente, ao passo que é nessa etapa onde o julgador irá mensurar o *quantum* de pena que recairá sobre o sentenciado.

Ademais, após a conceituação da aplicação da pena, surge-se a seguinte questão: como calcular a quantidade de pena que deverá ser aplicada ao réu? A resposta, por sua vez, se remete a um instituto jurídico-penal denominado dosimetria da pena, que será abordado a seguir.

### 2.2.2 Dosimetria da pena

No ordenamento jurídico brasileiro foi adotado o critério trifásico de dosimetria da pena, cujo criador foi o célebre e saudoso jurista Nelson Hungria, possuindo escora legal no art. 68 do Código Penal Brasileiro, que divide a dosimetria da pena em três fases de fixação: a da pena-base, a da pena intermediária e a da pena definitiva.

#### 2.2.2.1 Pena-base

Na primeira fase da dosimetria da pena, a da fixação da pena-base, o julgador deverá se atentar às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, mensurando-as de maneira individual e pormenorizada a cada acusado, de forma a respeitar a principiologia penal.

Acerca dos critérios de fixação da pena-base, salienta NUCCI, *verbum ad verbum*:

As circunstâncias judiciais são compostas por oito fatores, divididos da seguinte forma: a culpabilidade, que representa o conjunto dos demais, acrescida dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos, das circunstâncias, das consequências do crime e do comportamento da vítima. Logo, se os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis teremos menor censurabilidade; se forem desfavoráveis, encontraremos maior censurabilidade (NUCCI, 2016, p. 436).

Analisados os vetores que integram as circunstâncias judiciais, resta fixada a pena-base, que nunca poderá ser firmada aquém do mínimo nem além do máximo legal permitido ao delito em análise.

Após, caminha-se para a segunda fase da dosimetria da pena, a fixação da pena intermediária.

### 2.2.2.2 Pena intermediária

Ao fixar a pena intermediária, também chamada de pena provisória, ora segunda fase do critério trifásico da dosimetria da pena, o magistrado deverá se valer da pena-base anteriormente determinada e, sobre ela, aplicar as atenuantes e agravantes cabíveis no caso concreto.

Cezar Roberto Bitencourt, com bastante propriedade, ao lecionar o tema, assevera que:

Encontrada a pena-base, em seguida passa o julgador ao exame das circunstâncias legais, isto é, das atenuantes e agravantes, aumentando ou diminuindo a pena em certa quantidade, que resultará no que chamamos de pena provisória.

Nesta segunda operação devem-se analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as preponderantes, quando concorrerem agravantes e atenuantes (BITENCOURT, 2013, p. 661).

Destarte, uma vez verificadas as circunstâncias judiciais na pena-base (art. 59 do Código Penal) e, posteriormente, analisada a existência de agravantes ou atenuantes, sejam elas genéricas (arts. 61 a 66 do Código Penal) ou específicas ao delito *sub judice*, restará vencida a segunda etapa da dosimetria e definida a pena-intermediária, que, segundo a doutrina majoritária, também não poderá ser fixada aquém do mínimo nem além do máximo da pena cominada ao crime analisado.

### 2.2.2.3 Pena definitiva

Finalmente, após a fixação da pena intermediária, chega-se a terceira e última fase do critério trifásico de dosimetria da pena, onde será estabelecida a pena definitiva, verificando-se a existência ou não de causas de aumento ou diminuição de pena.

O assunto é um pouco mais detalhado na obra de BITENCOURT, ao ensinar, *ipsis litteris*:

Na terceira e última fase do cálculo da pena analisam-se as causas de aumento e de diminuição. Essa terceira fase deve incidir sobre a pena até então encontrada, que pode ser a pena provisória decorrente da segunda operação, como também a pena-base se, no caso concreto, não existirem atenuantes ou agravantes. Se houver mais de uma majorante ou mais de uma minorante, as majorações e as diminuições serão realizadas, a princípio, em forma de cascata, isto é, incidirão umas sobre as outras,

sucessivamente. Primeiro se aplicam as causas de aumento, depois as de diminuição.

Com efeito, concorrendo mais de uma causa de aumento ou de diminuição “previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (art. 68, parágrafo único). Essa possibilidade destina-se exclusivamente às majorantes e minorantes previstas na Parte Especial do Código. Já as localizadas na Parte Geral deverão operar todas, incidindo umas sobre as outras, sem exceção, consoante expressa previsão legal.

Na ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes e minorantes, a pena-base deve ser tornada definitiva. Na ausência apenas de majorantes ou minorantes, será então a pena provisória tornada definitiva. As majorações decorrentes do concurso formal próprio e da continuação delitiva incidirão sobre aquela que seria a pena definitiva, isto é, depois de realizadas todas as fases estabelecidas pelo art. 68, como se fosse uma quarta operação da dosimetria penal (BITENCOURT, 2013, p. 664).

Dito isto, concluída a verificação da existência ou não de causas de aumento ou diminuição de pena, restará finalmente fixada a chamada pena definitiva.

Por derradeiro, com base na pena definitiva, o juiz determinará o regime de cumprimento de pena (art. 33 do Código Penal), analisará a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), o cabimento ou não da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) e se permite ou não que o sentenciado recorra em liberdade, além de estabelecer os demais efeitos da sentença penal condenatória.

### **2.3 Execução da pena**

Conforme preconiza a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, “*a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

Ao conceituar execução penal, Norberto Avena tece, ainda, importantes lições sobre o tema:

A partir desse regramento, infere-se que a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança.

O pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria (absolvição com imposição de medida de segurança) transitadas em julgado. Não obstante, também estão sujeitas a execução as decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica da execução penal, havendo, por um lado, quem defenda seu caráter puramente administrativo e, por outro, quem sustente sua natureza eminentemente jurisdicional. Prevalece, contudo, a orientação de que a execução penal encerra atividade complexa, que se desenvolve tanto no plano administrativo como na esfera jurisdicional, sendo regulada por normas que pertencem a outros ramos do direito, especialmente o direito penal e o direito processual penal (AVENA, 2015, p. 24).

Assim, percebe-se o importantíssimo papel que tem a execução penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois seu próprio conceito mostra que dela decorre a efetivação das determinações das sentenças penais condenatórias, seja para alcançar a função punitiva ou social-reintegrativa ao reeducando.

Corroborando com o alhures exposto, encontra-se a doutrina de Renato Marcão, ao dizer, *ipsis litteris*:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar (MARCAO, 2015, p. 29).

A regra para que ocorra a execução penal é que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, que não haja mais nenhuma possibilidade de o sentenciado atacar a decisão prolatada através de algum recurso ou algum outro meio de impugnação.

Contudo, toda regra tem sua exceção. *In casu*, a exceção se trata da execução provisória da pena, que será explanada a seguir.

### **3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A execução penal provisória é um tema que vem sendo discutido com maior vigor desde o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo uma vasta galeria de direitos e garantias fundamentais, que visava frear as raízes do sistema penal brasileiro, que sempre foram voltadas para uma imposição rápida e uma execução imediata da pena privativa de liberdade, servindo de resposta a violência suportada pela sociedade.

Assim, sendo um assunto nitidamente revestido de repercussão geral, tal discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal.

#### **3.1 Execução provisória da pena**

Conforme visto no capítulo anterior, a execução da pena é a efetivação das determinações constantes na sentença penal condenatória, ou seja, o cumprimento efetivo da pena.

Contudo, a regra é que o cumprimento da pena apenas aconteça quando já houver ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, quando não for possível, ou a defesa não desejar, a interposição de mais nenhum recurso.

Tal regra se deve à existência de uma série de princípios e normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre esse arcabouço, um princípio ganha maior evidência em relação aos demais, o princípio da presunção de não culpabilidade.

O princípio da presunção de não culpabilidade encontra-se insculpido na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inciso LVII, ao dizer que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Em consonância com o citado dispositivo constitucional, estão os arts. 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal, que, em apertada síntese, condicionam a

execução da pena imposta na sentença ao transito em julgado desta, sejam as penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa.

Mas, afinal, o que é a tão discutida execução provisória da pena?

Basta analisar, *a contrario sensu*, a sistemática da execução da pena definitiva para descobrir que a execução provisória da pena é a execução de uma pena imposta em uma sentença condenatória ainda não transitada em julgado.

Durante muito tempo, a Corte Suprema do país entendeu ser plenamente possível a execução de sentença penal condenatória após decisão colegiada proferida pelo Tribunal de Justiça competente, mesmo que ainda pendente de recurso aos Tribunais Superiores, recursos esses que, em regra, não são dotados de efeito suspensivo.

Contudo, no ano de 2009, através da inédita decisão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento ao decidir, por 7 votos a 4, que a então chamada execução antecipada da pena era inconstitucional.

Entretanto, passados sete anos, aconteceu o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, cujo relator foi o ministro Teori Zavascki, outro marco jurídico no país. Na nova decisão, no ano de 2016, a Suprema Corte, voltando à sua jurisprudência anterior, entendeu pela constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade quando a sentença penal condenatória for confirmada por Tribunal de segundo grau. Segue a ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Vale destacar, ainda, que tal entendimento não alcança as penas restritivas de direito, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados.

(REsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017).

Uma vez conhecidas as decisões que foram marco para a discussão do tema, é chegada a hora de expor os argumentos utilizados no julgamento dos citados *Habeas Corpus*, conforme apresentação a seguir.

### 3.2 O entendimento do Supremo Tribunal Federal

A Corte Suprema brasileira, responsável por zelar pela higidez constitucional, foi a principal personagem da atual discussão sobre a execução provisória da pena nos últimos anos.

Esse destaque se deve, especialmente, devido ao julgamento de 02 (dois) *habeas corpus*, o HC 84.078/MG e o HC 126.292/SP que, apropriado a importância que possuem, serão adiante abordados.

#### 3.2.1 O julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG

De acordo com o que foi mencionado acima, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG foi o marco para a mudança de entendimento da Suprema Corte que, a partir dali, passava a entender como inconstitucional a execução provisória da pena.

Sob a relatoria do ministro Eros Grau, o HC nº 84.078/MG possui a seguinte ementa, *ipsis literis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira

instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Através de uma análise do julgamento do referido *Habeas Corpus*, extraem-se alguns fatores que levaram, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal a entender pela inconstitucionalidade da execução penal provisória, chamada então de execução antecipada da pena.

O primeiro ponto é que, apesar de o art. 637 do Código de Processo Penal estabelecer que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84 (que se sobrepõe temporal e materialmente ao citado dispositivo processual penal), condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ascendendo, ainda, o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, entenderam os nobres julgadores, na época, que a prisão cautelar é a única que pode ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como que a execução antecipada da pena, após o julgamento da apelação, mas, ainda pendente de recursos, viola a ampla defesa e causa desequilíbrio jurídico entre o Estado e o acusado.

Outro ponto levantado pelos ministros na ocasião foi a afirmação de que ao se proibir a execução provisória da pena os tribunais superiores seriam abarrotados com recursos de natureza extraordinária. Não porque de fato não o seriam, mas porque não se pode cercear o exercício de uma garantia constitucional com fundamento na conveniência dos magistrados, incitando-se à jurisprudência defensiva.

Diante desses argumentos, naquela ocasião, passava a vigorar o entendimento de ser inconstitucional a execução antecipada da pena.

### 3.2.2 O *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência criada com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, dizendo ser inconstitucional a execução antecipada da pena, perdurou até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, responsável por retornar com o antigo

entendimento da Corte Suprema que se sustentou até 2009, onde se permitia a execução provisória da pena.

Apesar de não se tratar de uma ação revestida pelo controle concentrado de constitucionalidade<sup>1</sup>, que declara, de fato, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um dispositivo legal, foi o julgamento do *Habeas Corpus* de nº 126.292/SP responsável por restaurar o tradicional posicionamento do Supremo Tribunal Federal permitindo a execução provisória da pena, em um momento que a própria sociedade aplaudiu a citada decisão, de forma a poder-se dizer que a decisão proferida pela Suprema Corte foi revestida de intenso rigor técnico-jurídico e, ao mesmo tempo, conseguiu atender aos anseios da população.

O mencionado *mandamus*, que teve relatoria do saudoso ministro Teori Zavascki, voltou a permitir a execução provisória da pena, dizendo ser tal instituto plenamente constitucional, afirmando que o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode ser executado, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, e que tal ação não prejudica o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, na ocasião utilizando-se do termo presunção de inocência.

A decisão teve placar de 07 (sete) votos a 04 (quatro) pela denegação da ordem, sendo vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e o então presidente da Corte, Ricardo Lewandowski.

Certo é que existe uma enorme variedade de argumentos utilizados para embasar os sete votos vencedores do julgamento que permitiram a execução provisória da pena. Entretanto, o voto do ilustre ministro Luís Roberto Barroso merece destaque, e será a seguir analisado.

Primeiramente, o nobre julgador leciona que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente.

---

<sup>1</sup>(...) é o controle abstrato, exercido por via de ação, normalmente de competência do STF, independe de um processo concreto. Difere do processo em geral pelas seguintes razões:

1. Finalidade de eliminar a norma inconstitucional do sistema jurídico e não de resolver um conflito de interesses;
2. Legitimação restrita;
3. Ausência de partes contrapostas, já que é um processo objetivo. (BAHIA, 2017, p. 369)

Tal conclusão se dá através da análise, conjunta, dos incisos LVII e LXI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Enquanto o inciso LVII aduz que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, a seguir, o inciso LXI prevê que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Diante do exposto, verifica-se que a própria *Lex Mater* diferencia os regimes da culpabilidade e da prisão. Dessa forma, conclui-se que o princípio da presunção de não culpabilidade e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão, desde que haja ordem escrita e fundamentada da autoridade detentora de tal competência.

Outro ponto abordado pelo ministro BARROSO (2016) é que a presunção de inocência ou não culpabilidade é um princípio constitucional e não uma regra, e, diante disso, está sujeita a ponderação com outros bens tutelados pela Constituição, sob pena da gênese de um princípio absoluto.

Outrossim, ensina o julgador que após a condenação em 2º grau, a execução da decisão, mesmo provisória, passa a constituir, via de regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Tal fundamento confronta, ainda, o uso abusivo de recursos procrastinatórios e assegura a razoável duração do processo, que é dever do Estado e exigência da sociedade.

Por fim, salienta ainda que essa mudança de entendimento, além de refletir a sistemática da Constituição, busca o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a diminuição da seletividade criminal e a quebra do paradigma da impunidade.

No mais, BARROSO (2016, p.54), finaliza seu brilhante voto com a tese de julgamento onde diz que *“a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”*.

Ocorre que, tal mudança de entendimento do Excelso Pretório brasileiro se deu através de um fenômeno jurídico que será a seguir abordado.

### 3.2.3 Mutação Constitucional

Ante as mudanas de posicionamento da Corte Suprema, um parêntese   necessário para explanar o porquê destas alteraes de entendimento.

O processo de hermenêutica da norma constitucional   constante, dinâmico, não é superado pelo tempo. A eficácia e interpretao de determinado dispositivo deve se adequar às circunstâncias do momento em que é aplicado.

O renomado jurista alemão Peter H berle já dizia em sua brilhante obra, *verbum ad verbum*:

Colocado no tempo, o processo de interpretao constitucional   infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischentr ger*). O resultado de sua interpretao está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bew hrung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanas mediante alternativas racionais. O processo de interpretao constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretao normativa amplia-se graas aos "intérpretes da Constituio da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de "*Trial and error*", de descoberta e obteno do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretao constitucional (H BERLE, 2002. p. 42-43).

Assim, conclui-se que o texto constitucional deve atender as demandas sociais a que ele se destina na medida de tempo e espao em que é aplicada, devendo sua interpretao seguir as formalidades legais, sem, contudo, desviar-se da finalidade para qual foi elaborada.

Nesse ínterim, o constitucionalista alemão leciona, *in verbis*:

A vinculao judicial   lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituio na esfera pública e na realidade (*...in der  ffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*). Seria err neo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigaes sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaa a sua independência. Essas influências cont m uma parte de legitimao e evitam o livre arbítrio da interpretao judicial. A garantia de independência dos juízes somente   tolerável, porque outras funes estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistische  ffentlichkeit*) fornecem material para a lei (*...Material "zum" Gesetz liefern*). Tem-se aqui uma derivao da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretao constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretao constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar (...) A própria abertura da Constituio demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretao! A unidade da Constituio surge da conjugao do processo e das funes de diferentes intérpretes. Aqui

devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia (HÄBERLE, 2002. p. 31-33).

Destarte, ainda que não exista uma direta participação da sociedade na interpretação da Constituição, consegue-se enxergar uma implícita inserção da vontade e pensamento da comunidade nas decisões acerca da hermenêutica de determinada norma constitucional, ainda que seja sobre um mesmo dispositivo e esta interpretação varie de tempos em tempos.

Diante disso, tem-se o que se denomina mutação constitucional, que, conforme leciona Pedro Lenza (2013, p.146), são alterações que afetam o sentido interpretativo, o significado do dispositivo, não modificando, contudo, o texto, materialmente falando, uma vez que esse restaria intacto.

No caso em comento pode ser verificada a ocorrência da mutação constitucional, ao passo que aconteceu uma alteração da percepção e compreensão da realidade social durante os períodos em que foram proferidas as decisões comentadas nos tópicos anteriores.

No ano de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, de acordo com a realidade daquele momento era inconstitucional permitir a execução antecipada da pena. Contudo, a maior instância do Poder Judiciário, em 2016, posicionou-se, adequando seu entendimento ao que era tradicional na Corte, voltando a permitir a execução provisória da pena, sem, em nenhum dos casos, alterar formalmente o texto constitucional.

Fixando o exposto, importante trazer à baila as lições do distinto ministro Luís Roberto Barroso, *verbum ad verbum*:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.(...)

(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...)

(...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro (BARROSO, 2010. p. 155,162 e 163).

Ademais, apenas a título de solidificação de conhecimento, restam as palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes e do nobre jurista Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*:

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 (MENDES; BRANCO, 2017, p. 126).

Por derradeiro, oportunizando-se ainda da abordagem do tema, o ministro Barroso teceu pertinente lição acerca da questão da mudança de entendimento do STF, quando do julgamento em plenário do HC 126.292/SP, que se faz significativa menção, *ipsis litteris*:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão (STF, 2016, p. 35).

Vencido o tema, percebe-se que, diante de toda essa discussão, existe uma questão que sempre é levantada quando se fala em execução provisória da pena: a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, discorrer sobre o assunto se torna obrigatório.

#### 4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Diante de tudo que foi abordado até o momento, existe um princípio constitucional que está presente em quase todos os pontos discutíveis do presente trabalho, o princípio da presunção de não culpabilidade, que, doravante, receberá papel de destaque e será, a seguir, esmiuçado.

A priori, malgrado a existência de parte doutrinária de caráter minoritário insistir que existe relevante distinção entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência, segundo Gustavo Henrique Badaró (2003), tal diferença inexistente, sendo inútil e sem sentido a tentativa de apartar ambas as ideias, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Corroborando com o exposto, lecionam os sempre pontuais professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, *in verbis*:

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não-culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 51).

Destarte, doravante opta-se pelo uso dos termos presunção de não culpabilidade e presunção de inocência como sinônimos, uma vez que fazer distinção entre eles não terá relevância para o presente trabalho.

Ademais, convém ressaltar que o princípio da presunção de não culpabilidade já era abordado pelo *insigne* Cesare Beccaria, em sua mais famosa obra, que em meados do longínquo século XVIII, lecionava, *verbum ad verbum*:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? (BECCARIA, 1999, p. 61).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2016), o direito do cidadão a não ser declarado culpado enquanto haja dúvida acerca de sua culpa ou inocência foi

acolhido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>2</sup>, e vigia no Brasil de forma implícita até sua inclusão expressa em 1988.

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, o princípio da presunção de não culpabilidade, com maior notoriedade como princípio da presunção de inocência, erigiu-se, de forma expressa, no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LVII, preconizou que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Explicando o tema, a professora Flávia Bahia (2017, p. 188) aduz que o princípio da presunção de não culpabilidade faz referência ao dever do Estado em prover um *“tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.”*

Ademais, como é cediço no meio jurídico nacional, o Brasil é signatário de uma série de Tratados e Convenções Internacionais e, dentre eles, um possui distinção, a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>3</sup>, mais conhecida como Pacto de *San Jose* da Costa Rica, que, em seu bojo, especificamente no art. 8º, 2, traz, além de uma série de garantias judiciais, a consagração do princípio da presunção de inocência, reforçando ainda mais a previsão da CF/88, a saber:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

---

<sup>2</sup> A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “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”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (LIMA, 2016)

<sup>3</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada no Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, pelo então presidente Itamar Franco.

- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Com maestria e racionalidade, Fernando Capez ensina o momento em que deve ser observado o princípio da presunção de inocência, *in verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência (CAPEZ, 2016, p. 117).

O princípio da presunção de inocência é um dos mais conhecidos e discutidos no seio do Direito. Inúmeros debates nascem devido à sua interpretação, seja a respeito de seu alcance, área de aplicação, chegando até mesmo ao extremismo de cogitar-se seu emprego de forma cogente, devendo sua hermenêutica ser literal, sem qualquer ponderação no caso concreto.

Com toda certeza, não é essa natureza divina que o constituinte teve ao introduzir o princípio da presunção de não culpabilidade na Constituição Federal, mas, sim, conforme ensina NUCCI:

(...) garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu (NUCCI, 2014, p. 66).

Segundo a mesma linha de pensamento de Nucci, Pedro Lenza tece suas ideias, *ipsis litteris*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente (LENZA, 2014, p. 1126).

Apesar da existência de uma minoria extremista que ainda busca a interpretação literal e, praticamente, absoluta, do princípio da presunção de

inocência, este deve, como qualquer princípio constitucional, ser analisado com proporcionalidade e razoabilidade, de acordo com o caso concreto, sob pena de ser criado um princípio absoluto, que acabaria por elevá-lo ao status de regra.

Em função do exposto, afirma Luciana Lottoso (2017) que, malgrado a Constituição nacional condicione o princípio da presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sua essência, na verdade, está intrinsecamente ligada ao ônus probante da culpa, além das garantias do réu ao devido processo legal onde se incluem o respeito ao juiz natural, ao duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, da duração razoável do processo, entre outros.

Assim, através da hermenêutica das normas constantes no Pacto de São José da Costa Rica, verifica-se que é colocado um limite ao alcance do princípio da presunção de inocência: a comprovação da culpa do acusado.

Nesse sentido, LOTTOSO (2017, p. 264) diz que, quanto à culpa do acusado, esta “*é aferida por meio do esgotamento da análise fático-probatória do processo, que ocorre com a prolação da decisão em segunda instância*”.

Corroborando com o assunto, o saudoso ministro Teori Zavascki aduziu quando do julgamento do HC nº 126.292/SP a seguinte tese, *in verbis*:

Ressalvada a estreita via da 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 havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (STF, 2016. p. 9-10).

Dessa forma, pode-se perceber que, como qualquer outro princípio constitucional, a presunção de inocência, não tem – nem pode – caráter absoluto.

Na medida em que a ação penal percorre seu caminho, de acordo com o rumo das decisões ali tomadas, o princípio em questão deverá ser devidamente sopesado.

Em consonância, pode-se lembrar do julgamento, pela primeira turma do STF, do HC 114.668/PR, no ano de 2013, que teve como relator o ministro Luiz Fux, que, em sua ementa afirmou que “a presunção de inocência não é absoluta e perde força no decorrer do processo, pelo menos após condenação, ainda que de primeira instância”.

Outrossim, em uma de suas mais brilhantes obras, o ilustre ministro Alexandre de Moraes, brinda o meio jurídico com a seguinte lição, *verbum ad verbum*:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado”).

O direito de ser presumido inocente, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, possui quatro básicas funções:

- a) limitação à atividade legislativa;
- b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes;
- c) critério de tratamento extra-processual em todos os seus aspectos (inocente);
- d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas (MORAES, 1988, p. 267-268) (Destaque-se).

Ora, uma vez que resta cediço que o princípio da presunção de não culpabilidade não é absoluto e, tendo em vista que este perde sua força na medida em que o processo avança e o acusado tem em seu desfavor sentenças condenatórias, atrelado ao fato que a essência do princípio é condicionar o ônus probante à acusação, unido, ainda, ao fato de que o exame fático-probatório se exaure após decisão de segundo grau, resta refutada qualquer argumentação acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Respalhando o alhures colocado, encontra-se a doutrina da nobre professora Flávia Bahia, a saber:

De acordo com a jurisprudência, o princípio em tela não conflita com as eventuais prisões processuais que podem ser determinadas, de acordo com a lei, no curso do processo. Diversamente, porém, o lançamento do acusado no rol dos culpados, que viola a não culpabilidade do acusado.

O dispositivo sob nossa atenção gera efeitos também na seara dos direitos políticos, na forma do art. 15, III, da CRFB/88, quando o texto trata da suspensão desses direitos, desde que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Até esse momento, portanto, o acusado, mesmo preso, conservará os seus direitos de eleitor.

Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. O Ministro Roberto Barroso defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

"A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado", afirmou. "A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas "

Súmula nº 9 do STJ: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (BAHIA, 2017, p. 188-189).

Destarte, extrai-se do colocado no presente capítulo que o princípio da presunção de inocência não possui natureza absoluta e, portanto, deve ser analisado, caso a caso, em consonância com uma interpretação integrada e sistemática do ordenamento jurídico pátrio, e não de forma literal, impondo sua textualidade de modo a fazê-lo valer sempre superior.

Alinhada as explanações feitas, encontram-se as recentes decisões do Excelso Pretório:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. A execução provisória “de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora. 3. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau. 4. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.(HC 147136 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017).

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JULGAMENTO DE RECURSO PELO TRIBUNAL DA ORIGEM. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO NA INSTÂNCIA A QUO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. ALEGADA NEGATIVA DE AUTORIA E ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. VOTO PROFERIDO NO SENTIDO DE PREJUDICAR A IMPETRAÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E NEGAR SEGUIMENTO AO WRIT QUANTO AOS PEDIDOS DE RECONHECIMENTO DE NEGATIVA DE AUTORIA E DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. 1. A execução provisória da pena imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADCs nºs 43 e 44, no HC n.º 126.292/SP e no ARE n.º 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida Tema n.º 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Dje de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. A negativa de autoria do delito e a licitude da prova não são aferíveis na via do writ, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedente: HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma,

DJe de 12/05/2016. 3. In casu, o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006, tendo sido mantida a prisão cautelar do sentenciado. 4. O título prisional superveniente decorrente do julgamento do habeas corpus pelo Tribunal de origem torna prejudicada a impetração. 5. A supressão de instância impede o conhecimento de Habeas Corpus impetrado per saltum, porquanto ausente o exame de mérito perante a instância a quo. 6. Impetração inadmitida. Revogada a liminar anteriormente implementada. (HC 121348, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Perfilado com o entendimento do Supremo, os Tribunais de Justiça já vêm utilizando a jurisprudência criada, adotando a possibilidade da execução provisória da pena. A título demonstrativo, colaciona-se, a seguir, recentes decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *ipsis litteris*:

Ementa Oficial: PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES - HOMICÍDIO - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - HABEAS-CORPUS Nº 126.292/SP E ADC's Nº 43 E 44 - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - EMBARGOS REJEITADOS. 1. Possível é a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação nos termos das decisões proferidas pelo STF no Habeas-Corpus nº 126.292/SP e nas ADC's nº 43 e 44 em caráter cautelar, não havendo que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência e ao artigo 283 do CPP. 2. Embargos rejeitados. (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0418.09.017122-8/003, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/11/2017, publicação da súmula em 20/11/2017).

EMENTA: 'HABEAS CORPUS' - EXECUÇÃO PENAL - TRANSFERÊNCIA DO REEDUCANDO - COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 716 DO STF - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. - Em princípio, a competência para a transferência de presos é da Administração Pública, observados os critérios de conveniência e oportunidade. - Nos termos do art. 2º, parágrafo único, da LEP e da Súmula nº 716 do STF, é possível que o réu dê início à execução da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.075896-5/000, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/11/2017, publicação da súmula em 20/11/2017).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO TENTADO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL EM CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO - ABSOLVIÇÃO POR ERRO DE TIPO - NÃO CABIMENTO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - CONDUTA VALORADA PELO LEGISLADOR COMO PENALMENTE RELEVANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO - RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - PEDIDO PREJUDICADO - CONCESSÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE - RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL -

CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Os elementos de convicção colhidos durante a instrução demonstram de modo suficiente a materialidade e a autoria do crime, apresentando especial relevância a confissão do réu perante autoridade policial.

II - Comprovado nos autos que o réu agiu com dolo deliberado de subtrair, para si, coisa alheia móvel, incabível o acolhimento da tese de erro de tipo.

III - Merece ser rejeitada a tese de aplicação do princípio da insignificância por ser medida temerosa a valoração do bem jurídico atingido pelo delito, considerando a importância que somente a vítima pode aferir ao seu bem, bem como o grau da ofensa por ela sofrida.

IV - A reincidência e os maus antecedentes do réu autorizam a manutenção do regime prisional semiaberto.

V - Prejudicado se encontra o pedido de isenção do pagamento das custas processuais já concedida em primeira instância.

VI - Reconhecida a repercussão geral sobre o tema, necessária a expedição do mandado de prisão em desfavor do réu, nos termos da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência".

V. V. P.

- O processo penal deve ter utilidade e as decisões proferidas devem possuir efetividade, de modo que postergar a expedição de um mandado de prisão até eventual interposição de recursos nesta instância é o mesmo que incentivar a eternização de um processo. Assim, a fim de garantir a efetividade da condenação do acusado, impõe-se a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.14.154480-9/001, Relator(a): Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/11/2017, publicação da súmula em 20/11/2017).

Contudo, ao se afirmar que a execução provisória da pena é constitucional e que o princípio da presunção de não culpabilidade goza de convencimento *juris tantum*, não significa dizer que ele sairá sempre derrotado quando confrontado.

A doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais ensinam que, quando existir uma colisão de princípios constitucionais, esta deverá ser analisada *cum granu salis*, assim, lançar-se-á mão da ponderação de interesses, instituto que será a seguir estudado.

## 5 DO CONFLITO DE NORMAS E SUA RESOLUÇÃO ATRAVÉS DA PONDERAÇÃO

No capítulo anterior foi abordado o princípio da presunção de inocência e sua aplicação no caso concreto.

Dentro do tema do presente trabalho, ao se tratar a execução provisória da pena, percebe-se que, como já dito nos capítulos anteriores, o princípio da presunção de não culpabilidade ganha maior ênfase. Isso porque toda a discussão trazida de volta à tona através do julgamento do HC 126.292/SP girou em torno de que, supostamente, a decisão exarada pelo Excelso Pretório teria violado a referida norma constitucional.

Ocorre, contudo, que tal afirmação seria plausível se existisse apenas um princípio constitucional a ser aplicado na situação em comento. Não é o caso.

Ao julgar o *writ* acima citado, o Supremo Tribunal Federal se encontrou diante de uma série de princípios constitucionais que se chocavam quando se tentava solucionar o conflito gerado através do uso das fórmulas hermenêuticas tradicionais para a solução de antinomias, levando a Corte valer-se de outro método, a ponderação. Destarte, passa-se ao um exame mais detalhado sobre o tema.

### 5.1 Conflito de normas

O ordenamento jurídico de uma nação é feito para que seja harmônico, compatível, um sistema normativo onde possa fazer com que sua sociedade viva sem conflitos ou injustiça.

Contudo, o convívio humano é algo dinâmico e imprevisível, que acaba por criar situações onde indivíduos ocasionem momentos em que o direito de um entra em disputa com o do outro, acarretando num típico caso de conflito de normas.

A situação onde se encontram normas incompatíveis entre si, de acordo com o célebre Norberto Bobbio (1995, p. 81) “*é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia.*”

Adiante, BOBBIO (1995, p. 88) define a antinomia jurídica como “*aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.*”

Outrossim, além da existência das antinomias jurídicas, o nobre jurista leciona ainda acerca da existência das chamadas antinomias de princípios, a saber:

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio (BOBBIO, 1995, p. 90).

Tomando conhecimento acerca da existência das antinomias, surge a seguinte pergunta, como solucionar o conflito de normas incompatíveis? É o que se verá a seguir.

### 5.1.1 Critérios para solução do conflito de normas

Segundo os ensinamentos de BOBBIO (1995), pode-se afirmar que as antinomias devem ser classificadas como *aparentes*, quando existe a possibilidade de solucioná-las, e *reais*, quando estas forem insolúveis.

Diante dessa sucinta explicação, abordam-se os critérios para a solução dos conflitos de normas, que são três: os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

O critério cronológico de solução de conflito de normas, segundo Maria Helena Diniz (1998), significa que se existirem duas normas de mesmo nível que sejam incompatíveis entre si, a norma mais recente deve prevalecer sobre a mais antiga (*lex posterior derogat priori*).

O critério hierárquico, por sua vez, dispõe que uma norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat inferiori*), por exemplo, uma norma constitucional prevalece contra uma norma infraconstitucional com ela conflitante.

Por fim, o critério da especialidade, nas palavras de BOBBIO (1195, p. 95-96) “é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda” (*Lex specialis derogat generali*).

Pois bem, conforme visto, uma norma posterior prevalece sobre a anterior, uma norma inferior sucumbe perante uma superior e, ainda, uma norma geral não supera uma específica.

Todavia, existem casos mais complexos. Como fazer para resolver a questão caso as normas conflitantes pertençam ao mesmo plano cronológico, hierárquico e de especialidade?

Essa é exatamente a situação do conflito de normas constitucionais, caso excepcional que será sucintamente exposto.

#### 5.1.1.1 Critérios para solução do conflito de normas constitucionais

As normas constitucionais podem colidir entre si. Segundo as lições de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012), não obstante a existência de correntes doutrinárias que dizem não ser possível o conflito de normas constitucionais, a posição que predomina na doutrina e jurisprudência pátria é que, é sim possível normas constitucionais colidirem entre si. Os doutrinadores vão além, *in verbis*:

Se, por exemplo, um veículo de comunicação social anuncia que irá expor fatos íntimos concernentes à vida amorosa de uma celebridade que se opõe a esta divulgação, tem-se um conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade: as normas que consagram o primeiro direito (arts. 5º, IX, e 220, da Constituição Federal) amparam a divulgação pretendida, e a que tutela o segundo (ar t. 5º, X, CF) a proíbe. O fenômeno da colisão entre normas constitucionais não é incomum, sobretudo no quadro de constituições extensas, de natureza compromissória, e compostas por muitos preceitos positivados em linguagem aberta. Com efeito, a extensão da Constituição amplia a possibilidade de conflitos, pois quanto mais normas existirem, maior é a possibilidade de que haja tensão entre elas. A natureza aberta da linguagem constitucional também caminha na mesma direção, por multiplicar os riscos de que uma mesma hipótese fática possa ser enquadrada, simultaneamente, no campo de incidência de Normas diferentes, que apontem soluções distintas par a o caso. O caráter compromissório da Constituição tem o mesmo efeito, já que a presença na ordem constitucional de normas inspiradas em ideologias e visões de mundo divergentes aumenta a chance de atritos entre elas (NETO; SARMENTO, p. 405).

Complementando o exposto, os nobres professores discorrem sobre o método de categorização para solucionar os conflitos normativos, critério esse que acaba por limitar o alcance dos dispositivos constitucionais, o que, para qualquer operador do Direito, não pode ser estabelecido de antemão, sem a análise prévia de um caso concreto:

Há, na literatura de teoria constitucional e de filosofia do Direito, diversas posições que negam a existência de conflitos entre normas constitucionais. Uma preocupação central que se extrai dos opositores à ideia de colisão entre normas constitucionais é o temor diante dos riscos de arbítrio judicial no seu equacionamento, em detrimento da democracia e da segurança jurídica. (...)

Uma das posições que nega os conflitos é chamada de categorização. Na categorização, busca-se definir o campo de incidência de cada norma constitucional à luz de todas as demais, de forma a evitar a eclosão de colisões. Nessa concepção, o âmbito de incidência de cada norma constitucional é restringida de antemão, para que sejam evitados os conflitos com outras normas. Contudo, quando uma norma constitucional incide, todos os seus efeitos jurídicos são integralmente deflagrados, não havendo de se cogitar em ponderação. Em outras palavras, na categorização, quando uma hipótese é subsumida a uma norma, isto já basta para a resolução do problema (NETO; SARMENTO, 2012, p. 406).

Outrossim, malgrado a categorização não ser indicada para uma justa saída de conflitos normativos, os já abordados critérios clássicos para a solução de antinomias são insuficientes no cenário constitucional.

Por exemplo, quanto ao critério hierárquico, sua aplicação é extremamente restrita, conforme lecionam NETO e SARMENTO:

Em matéria constitucional, não há espaço para o emprego do critério hierárquico, salvo na hipótese de conflito entre emenda à Constituição e norma constitucional que se qualifique como cláusula pétrea. Isto porque, apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes do que outras sob a perspectiva sistemática ou axiológica, não há qualquer hierarquia formal entre elas (a única exceção envolve as cláusulas pétreas, que têm hierarquia superior às normas editadas pelo poder constituinte derivado).

Nesta direção, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido do reconhecimento da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma ditada pelo poder constituinte originário (NETO; SARMENTO, 2012, p. 411).

Segundo o ensejo, os citados doutrinadores explanam as limitações do critério cronológico, que se limitam, basicamente, aos possíveis casos de revogação de normas constitucionais por emendas supervenientes, respeitadas as formalidades expressas na Constituição, *ipsis litteris*:

O critério cronológico não se aplica à resolução de conflitos entre normas editadas pelo poder constituinte originário, pelo óbvio fato de que todas elas entram em vigor no mesmo momento.

Porém, o critério é usado para resolver antinomias entre normas constitucionais originárias e normas derivadas, produzidas pelo poder constituinte reformador, ou ainda entre normas derivadas resultantes de emendas constitucionais aprovadas em momentos diferentes. Nessas hipóteses, as normas constitucionais posteriores prevalecem em face das anteriores, revogando-as total ou parcialmente.

Esta revogação, contudo, não ocorre quando as normas derivadas ofendem cláusulas pétreas. Neste caso, o critério hierárquico para resolução de antinomias se sobrepõe ao cronológico, levando à invalidade da norma constitucional derivada, ainda que superveniente, por contrariedade à norma originária, revestida de hierarquia superior.

A boa técnica legislativa recomenda que a revogação de preceitos constitucionais por emenda seja sempre expressa (NETO; SARMENTO, 2012, p. 415).

SARMENTO e NETO (2012) ainda abordam o tema ao dizer que o critério da especialidade é o mais comum no âmbito constitucional. Os educadores exemplificam a incidência do referido método na generalidade da liberdade de associação prevista na CF/88, sendo esta restrita aos sindicatos (que são uma espécie de associação), ao ponto que a própria Constituição veda a criação de mais de uma organização sindical, representando uma mesma categoria, numa mesma base territorial. Eis um exemplo claro que uma norma mais específica prevalecendo sobre uma mais geral.

Destarte, verifica-se que a aplicação dos métodos tradicionais de solução de conflitos normativos na seara constitucional é extremamente limitada. Na maioria das situações em que surgir o conflito de normas, não será possível lançar mão de tais critérios, principalmente nos casos em que, sobre uma mesma conjectura, existirem diversas normas constitucionais incidentes que apontem pra soluções diferentes.

Nesse sentido, encontra-se a brilhante obra de Ana Paula de Barcellos, *verbum ad verbum*:

Isso é o que se passa, e. g., quando várias disposições constitucionais originárias incidem sobre uma mesma hipótese, indicando soluções diversas: todas foram editadas no mesmo momento, dispõem da mesma hierarquia e na maior parte dos casos inexistente qualquer relação de generalidade/especialidade entre elas. Ademais, não é possível simplesmente escolher uma disposição constitucional em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm mesma hierarquia e devem ser interpretadas de maneira harmônica, não admite essa solução (BARCELLOS, 2005, p. 32).

Além da escassa saída que os critérios tradicionais trazem ao tentar solucionar os embates de normas constitucionais, deve-se levar em conta a espécie

de norma que, geralmente, se coloca diante dessas situações. Ao lecionar o assunto, assevera BARCELLOS, *in verbis*:

Os conflitos que não podem ser superados pelas técnicas tradicionais refletem em geral um confronto entre valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo e dos princípios por ela previstos em particular. Conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra e à intimidade, entre propriedade e sua função social, entre proteção ao meio ambiente e direito à moradia, dentre muitos outros, revelam tensões entre elementos consagrados pelo próprio constituinte (BARCELLOS, 2005, p. 34).

Nesse vértice, extrai-se que, devido à carência de critérios passíveis de se obter um resultado que mantenha a unidade da Constituição Federal, aliada à complexidade da matéria que, usualmente, é envolvida quando do conflito normativo, existe uma grande dificuldade em se solucionar a eventual controvérsia.

Pergunta-se: como, então, solucionar o conflito de normas constitucionais uma vez que os critérios resolutivos se mostram quase que totalmente ineficientes?

A resposta está no instituto jurídico da ponderação de interesses, que a frente será explicado.

## **5.2 Solução dos conflitos normativos constitucionais**

Nos moldes acima expostos, ante a ausência de eficácia da utilização dos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos no âmbito constitucional, lançar-se-á mão da técnica de ponderação de interesses.

### **5.2.1 A ponderação de interesses**

A palavra ponderação traz a ideia de algo equilibrado, racional, balanceado, algo cujo fim foi obtido através de uma atenta e sábia análise.

Quando aborda o tema ponderação, *in lato sensu*, SARMENTO e NETO tecem interessantes comentários, a saber:

Tomando-se a ponderação num sentido mais geral e menos técnico, todos ponderam interesses, quase o tempo inteiro, nas questões mais prosaicas e nas mais sérias: quando decidimos o que almoçar, ponderamos o nosso gosto alimentar, o custo da refeição e o eventual desejo de não engordar; quando escolhemos nossa profissão, ponderamos nossas aspirações e vocação com as oportunidades que o mercado oferece. Ponderar, neste sentido mais amplo, é sopesar vantagens e desvantagens

de qualquer ação, comparando-as com as alternativas possíveis. Neste sentido amplo, a ponderação é, por excelência, a forma de raciocínio daqueles que se propõem a resolver questões práticas (NETO; SARMENTO, 2012, p. 417).

Retornando ao âmbito jurídico, BARCELLOS (2005, p. 23) conceitua, categoricamente, a ponderação como sendo a “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.*”

O ministro Luís Roberto Barroso ao comentar sobre a ponderação, aponta o motivo de sua criação, que foi a necessidade de um método de solução capaz de resolver a questão de uma forma mais justa da que se apresentava através de subsunção. Declara BARROSO:

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos (BARROSO, 2010, p. 379-380).

Para ser utilizada, a ponderação necessita, conforme exposto no tópico anterior, que exista uma tensão provocada pelo encontro de duas ou mais normas constitucionais que apontem para soluções diversas quando da resolução do caso concreto. Nessa linha de raciocínio, aduzem SARMENTO e NETO, *ipsis litteris*:

As normas em conflito devem ser interpretadas de maneira razoável — não necessariamente ampliativa ou restritiva — considerando-se todos os elementos importantes da hermenêutica jurídica (texto, história, sistema, finalidade da norma, valores subjacentes etc.). Só se passa à fase da ponderação propriamente dita se, nessa fase interpretativa, chegar-se à conclusão de que existe mais de uma norma constitucional em jogo, cada uma direcionando a solução do problema. Num sentido diferente. Caso contrário, a hipótese não será de ponderação, mas de mera aplicação da norma constitucional incidente.

Se o caso for de ponderação, o principal critério a ser empregado para a sua realização é o princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). (...). No entanto, ponderação e proporcionalidade, apesar de

envolverem ideias muito próximas, não se confundem, seja porque se emprega a proporcionalidade em hipóteses que não envolvem conflitos entre normas constitucionais, seja porque a ponderação não se resume à aplicação da proporcionalidade (NETO; SARMENTO, 2012, p. 422).

Ante o exposto, já evidente que a ponderação não se confunde com os métodos tradicionais para solução de conflitos normativos, é chegada a hora de mostrar as peculiaridades que a fazem diferente das técnicas clássicas.

Segundo BARCELLOS (2005), existem duas diferenças capitais entre a ponderação e as técnicas convencionais: há uma distinção metodológica entre elas e uma distinção material entre conflitos normativos de que elas se ocupam. A distinção material, efetivamente, acaba por provocar a metodológica.

Importante se faz a explicação da nobre jurista acerca do levantado, *in verbis*:

Todos os elementos de interpretação tradicionais referidos acima operam, em última análise, sob a lógica da subsunção, que continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito. O raciocínio subsuntivo aplicado ao direito pode ser descrito simplificada e nos seguintes termos: em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior, composta por um enunciado normativo ou por um conjunto deles. A premissa maior incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro entre as premissas maior e menor produz-se uma consequência: a aplicação de uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior. As técnicas tradicionais de solução de antinomia e a aplicação dos elementos sistemático e teleológico, dentre outras fórmulas hermenêuticas, pretendem exatamente superar a antinomia, afastar a incidência de outras possibilidades normativas e isolar uma única premissa maior, para que a subsunção possa ter início.

Do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso é o que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso (BARCELLOS, 2005, p. 29-32).

Em síntese, o método da subsunção não é capaz de sopesar devidamente as normas constitucionais de modo a respeitá-las a unidade da Constituição. Isso porque ela se utiliza da fixação de uma premissa maior que, no final, se sobreporá às outras menores, sem considerar todos os elementos normativos.

A ponderação, por sua vez, logra obter um equilíbrio entre os bens jurídicos tensionados no caso. É claro que nem sempre será possível o balanceamento absolutamente correto. Contudo, sem embargo de em algumas oportunidades a solução priorizar uma norma em detrimento de outra, não importará dizer que essa norma vá sempre se subordinar àquela que obteve prevalência.

Ademais, é importante advertir, conforme as palavras de BARCELLOS (2005), que o intérprete normativo acaba por dotar-se de uma amplitude de poderes por conta das antinomias que lhe cabe solucionar. Não seria salutar usar da ponderação, *in lato sensu*, afastando a ideia de uma técnica específica de solução de conflitos normativos, tendo em conta que o operador jurídico poderia se valer do artifício ponderativo em qualquer exercício hermenêutico, ainda que não presente estivesse o cenário necessário.

### 5.2.2 A técnica da ponderação

Após uma análise acerca a ponderação de interesses, faz-se agora necessário explanar como ela é aplicada no caso concreto.

De acordo com a doutrina majoritária, a aplicação da ponderação segue um processo integrado de três etapas que se sucedem.

Na primeira etapa, “*caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto*”, nos moldes em que leciona BARCELLOS (2005, p. 91).

É crucial que, nesta fase, exista uma especial atenção quanto a verificação de um preciso conflito entre normas constitucionais, observando se, de fato, o caso em discussão tem ou não em seu núcleo a incidência de normas constitucionais distintas e que indiquem diferentes soluções ao caso. É imprescindível que o conflito identificado não apresente possibilidade de elucidação através do método subsuntivo de solução de conflitos normativos.

Isso porque, em concordância com as lições de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, existem hipóteses em que não será necessária a aplicação da ponderação. Demonstra-se:

Em algumas situações, chegar-se-á à conclusão de que uma das normas constitucionais em debate não incide sequer *prima facie*, não havendo qualquer necessidade de ponderação. Se estiver em discussão, por exemplo, a responsabilização de alguém que explodiu uma repartição pública para protestar contra o governo, o caso não envolverá ponderação entre, de um lado, a liberdade de expressão e, do outro, o direito à vida, à segurança ou a tutela do patrimônio público. A liberdade de expressão simplesmente não se aplica à hipótese. Ela até protege condutas expressivas de protesto — como o ato de queimar uma bandeira nacional

— mas certamente não abrange a explosão de um prédio público (NETO; SARMENTO, 2012, p. 422).

Posteriormente, já realizada a análise quanto a identificação das normas constitucionais em conflito no caso, indicando diferentes soluções, passa-se à segunda etapa da técnica da ponderação.

A segunda etapa da metodologia ponderativa, baseia-se no levantamento das soluções que se apresentam para o caso, de acordo com as normas identificadas na primeira fase.

BARCELLOS (2005, p. 92) diz que a segunda etapa “*ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior*”.

Por última, cumpridas as exigências da segunda etapa, chega-se à terceira. Nesta fase é o momento de, verdadeiramente, se sopesar as normas tensionadas, é o estágio do *iter* onde se decide qual das soluções apresentadas irá, deveras, prevalecer sobre os demais.

É na última etapa que surgem os questionamentos decisivos para o tão almejado desfecho do caso. Ana Paula de Barcellos apresenta algumas indagações que devem ser feitas, *verbum ad verbum*:

A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo? (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Seguindo, ainda, a ideia da respeitável doutrinadora acima mencionada (2005), as duas primeiras fases servem somente para construir e organizar uma linha de pensamento para que sejam cruzados na terceira etapa. Em síntese, ocorre uma construção de parâmetros para auxiliar o intérprete na decisão que fará na fase derradeira, onde visará obter uma solução que produza o melhor equilíbrio, de modo a impor a menor quantidade de restrição à maior parte de normas discutidas.

Corroborando com o exposto, pondera Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

Na *primeira etapa*, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas[...] A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho para a ponderação[...] Na *segunda etapa*, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos [...] Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua

influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção[...] Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso[...] Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*” (BARROSO, 2010, p. 380-381).

Assim, traz-se a ponderação para o campo objeto do trabalho, conforme será a seguir exposto.

### 5.2.3 A ponderação de interesses na execução provisória da pena

Conforme já abordado nos capítulos anteriores e, em consonância com o art. 5º, inciso LXI, da CF/88, ao dizer que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”, verifica-se que a Lei Maior não inibe a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ainda mais se levar em conta a possibilidade das prisões cautelares.

Nessa toada, o que, efetivamente, necessita ser analisado são os fundamentos constitucionais que são capazes de embasar a decisão que determina a execução provisória da pena.

O principal responsável pela resistência de boa parte da doutrina brasileira contra a execução provisória da pena é, como já explanado, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

A presunção de inocência é um direito fundamental e uma garantia processual penal do cidadão, que o protege do arbítrio estatal.

Contudo, nos termos já expostos no presente trabalho e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto e, assim, se sujeitam ao conflito com outras normas constitucionais e, por conseguinte, aos métodos que os solucionam.

Testificando o arriba consignado, resta a jurisprudência do Excelso Pretório brasileiro, *ipsis litteris*:

(...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...) (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Com o fito de fixar ainda mais o tema, elogiáveis são as palavras o ministro Luís Edson Fachin, *ipsis litteris*:

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma vêem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciara execução da pena privativa de liberdade.

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo (STF, 2016, p. 21/22).

Como é cediço, o princípio da presunção de inocência, até mesmo pela literalidade da expressão, é um princípio e não uma regra. Portanto, uma vez que não possui natureza jurídica de regra, mas sim principiológica, submete-se, quando em conflito com outras normas constitucionais, ao método ponderativo de solução de conflitos, não sendo passível de utilização do critério subsuntivo.

### *5.2.3.1 As normas constitucionais em conflito na execução provisória da pena*

Em conformidade com o delineado pelo ministro BARROSO (2016), ao se discutir, especificamente, acerca da execução provisória da pena depois de prolatado acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há a incidência de um cristalino confronto de normas constitucionais.

De um lado encontra-se o famigerado, e já abordado, princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, defendendo o direito do cidadão a não ser considerado culpado enquanto não comprovada sua responsabilidade criminal, ou seja, sua culpabilidade. Expande-se, aqui, a ideia essencial de excepcionalidade das medidas restritivas impostas ao acusado, devendo, para tanto, haver elementos probantes suficientes para fundamentar essas ações, sempre de modo a respeitar a necessidade, adequação e proporcionalidade.

Noutro vértice, percebe-se, ainda conforme sistematiza BARROSO (2016), o interesse constitucional, almejando a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário, na efetividade de lei penal, que se encontra na eterna busca pela proteção dos bens jurídicos mais essenciais, amparados pelo direito penal.

Esses valores têm alicerce na Carta Magna, como, por exemplo, no art. 5º (direito à vida, à segurança, à propriedade, duração razoável do processo, isonomia, etc.) e no art. 144, que versa sobre a segurança.

De acordo com o nobre ministro, tais normas têm o escopo de tornar o sistema penal efetivo e confiável, uma vez que exerce vultoso papel de prevenção criminal, desencorajando a prática de delitos por meio da sociedade. Nesse sentido, coloca-se em jogo a proteção de importantíssimos valores como a vida, a dignidade humana, a integridade das pessoas, a propriedade, entre outros, conforme salienta o ministro BARROSO (2016).

Destarte, ante o evidente conflito normativo, buscar-se-á a efetiva ponderação das normas constitucionais colidentes.

### 5.2.3.2 Execução provisória da pena: ponderação do princípio da presunção de inocência

“Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”, essas foram as considerações da ministra Ellen Gracie (2005, p. 11) no julgamento do HC 86.886/RJ.

Não obstante grande parcela de doutrinadores e operadores jurídicos defenderem, no Brasil, que houve total violação do princípio da presunção de inocência quando do julgamento do HC 126.292/SP, que restaurou a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, tal alegação não pode ser considerada como verdadeira.

Conforme já minudenciado no terceiro capítulo da presente obra, o princípio da presunção de não culpabilidade não goza de presunção absoluta, e deve ser apreciado de acordo com as peculiaridades da situação onde o exijam. *In casu*, essa análise se deparou com a técnica de ponderação de interesses. Explica-se.

Embora a vertente jurídica pátria que afirma violação no caso seja bastante eloquente, existe um engano. Usando a ideia levantada pelo ilustre processualista e ministro da Corte Suprema Luiz Fux (2016), na oportunidade decisória do HC 126.292/SP, arrebatase-se que a regra *mater* do princípio da presunção de inocência é que deve se considerar uma pessoa inocente até que ela seja declarada, comprovadamente, culpada.

Adiante, afirma o ministro que a jurisdição, devido a sua função popular, deve responder a sociedade uma questão, no mínimo, curiosa: um cidadão é denunciado, condenado na primeira instância, condenado em sede de apelação, condenado do Superior Tribunal de Justiça e, mesmo assim, chega perante a Corte Suprema presumidamente inocente.

Convenha-se que não é esta a interpretação da população frente ao que seja presunção de inocência.

O próprio *Pacto de San Jose da Costa Rica* evidencia que “*toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua*

*culpabilidade tenha sido provada*", isto é, não há necessidade do trânsito em julgado.

Portanto, verifica-se que um indivíduo que percorre todas as esferas do Poder Judiciário até o STF, não pode lá chegar sendo, da mesma forma que no início do processo (ou até mesmo antes da fase processual), presumidamente inocente.

Na medida em que o processo caminha, a presunção de inocência que recai sobre o acusado tem, paulatinamente, sua força reduzida. Não se pode comparar a presunção de inocência, por exemplo, de um indiciado ainda na fase inquisitorial, com a de um sentenciado que já teve sua condenação em primeiro grau confirmada pelo Tribunal competente, em sede de apelação.

No primeiro caso, todas as imputações que se direcionam ao agente apenas estão sendo investigadas, podendo, assim, ser elevada ao ápice sua presunção de inocência.

Todavia, na segunda hipótese, já houve todo o desenrolar de um processo, respeitados os direitos e garantias individuais e processuais, existe um arcabouço probatório que foi suficiente a reconhecer sua responsabilidade criminal, visto que encerrada a análise dos fatos e provas. Não há, aqui, como se falar que a presunção de inocência do agente se encontra no mesmo índice do primeiro caso, pelo contrário, ela já se encontra totalmente comprometida, tendo em vista que foi comprovada sua culpabilidade através dos fatos e provas colacionados nos autos, uma vez que a discussão destas não se estende às instâncias superiores.

Escoltando a ideia do ministro Edson Fachin (2016), utilizar-se do princípio da presunção de não culpabilidade como regra absoluta acaba por afirmar um caráter de presunção plena de inépcia das instâncias ordinárias. Se for para um indivíduo, após todo o procedimento realizado até os Tribunais competentes, arraigar-se perante o Supremo com sua presunção de inocência intacta, para que serve, afinal, as instâncias ordinárias?

Foi justamente nessa linha de raciocínio que o preclaro ministro Fachin se valeu durante o julgamento do HC 126.292/SP, a saber:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a

afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, por fim, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição. Isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte (STF, 2016, p. 25/26).

A Constituição garante ao cidadão o direito a liberdade. Diferentemente de tempos passados, onde era o acusado quem tinha o dever de provar sua inocência, vigora hoje a regra de que o ônus probatório incumbe a quem acusa, devendo ser presumido inocente o suposto autor do fato.

Essa manifestação nítida do princípio da presunção de não culpabilidade já era exposta pela ministra Ellen Gracie na ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, *in verbis*:

O domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação (STF, 2010, p. 124).

Dessa forma, percebe-se que o princípio da presunção de não culpabilidade vigora plenamente, desde o momento em que não incumbe ao acusado provar sua inocência até que sua culpabilidade seja comprovada.

Outrossim, em consonância com o já exposto, a responsabilidade penal do réu, após exaurida a apreciação fático-probante, após uma decisão condenatória em segundo grau, já existe claramente demonstrada.

Malgrado a decisão condenatória proferida em grau de apelação ainda ser suscetível de recursos de natureza extraordinária (RE e REsp), tais mecanismos não possuem, em regra, o condão de analisar matérias de fático-probatória, pois essas se esgotam em segunda instância. Assim, restam impossibilitados os Tribunais Superiores de discutir a autoria e materialidade do caso.

Agregando a assertiva acima, os recursos extraordinários, regra geral, são dotados exclusivamente de efeito devolutivo, ou seja, uma vez que ausente sua

aplicação suspensiva, não há óbice que evite a execução provisória da decisão, que, no caso, é a da pena.

Concordando com o exposto, está a obra de MENDES e BRANCO, *ipsis litteris*:

Outro aspecto da presunção de não culpabilidade é a possibilidade de início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário e especial. No plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso (MENDES; BRANCO, 2017, p. 485).

Na legislação vigente, a previsão acerca do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial tem previsão no art. 1.029 do Código de Processo Civil, que por força do art. 3º do CPP, se aplica subsidiariamente ao processo penal, dispondo apenas a possibilidade de um pleito para a atribuição de efeito suspensivo aos mesmos.

Já o Código de Processo Penal, no art. 637, aduz que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, e após as formalidades recursais, os autos originais retornarão à primeira instância para a execução da sentença.

Nas palavras de BARROSO (2016), “*os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.*”

Tal afirmação encontra sustentáculo na própria Constituição Federal, mais precisamente em seus arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, que estabelecem ao STF e ao STJ, nessa ordem, competência para julgar recurso extraordinário e especial “*as causas decididas em única ou última instância*”. Note-se que a própria *Lex Mater* denomina as causas passíveis de RE e REsp de “*decididas*”.

Solidificando o alegado, estão as pontuais afirmações do ministro FACHIN, *verbum ad verbum*:

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar “injustiças do caso concreto”. O caso concreto tem, para sua esmerada solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não

nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes (STF, 2016, p. 23).

Ora, dizer que uma causa está decidida implica o entendimento de que já está comprovada a responsabilidade penal do acusado, bem como comprometida sua presunção, *juris tantum*, de inocência. A simples interposição de recursos de natureza extraordinária não possui força para suprimir, regra geral, a execução provisória da pena imputada ao réu. Em consenso aduziu o ministro Teori Zavaski, relator do HC 126.292/SP, *in verbis*:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (STF, 2016, p. 11).

O que se percebe até aqui é a clara ponderação de interesses de normas constitucionais. Colocou-se na balança o princípio da presunção de inocência e o interesse constitucional – e também social – da efetividade da lei penal aliada a efetividade e credibilidade da justiça.

Em cima desta afirmação, estão os comentários tecidos pelo ministro BARROSO, *ipsis litteris*:

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*” (STF, 2016, p. 41-42).

Na linha de pensamento adotada por BARROSO, fazendo parte de todo o procedimento de ponderação, destaca-se o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Baseando-se na ideia de LENZA (2013), o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, unifica uma linha de natureza axiológica que deriva das ideias de justiça, equidade, bom-senso, ponderação, moderação, entre outros valores afins.

Outrossim, tem como intenção servir de parâmetro para condicionar a positivação jurídica na seara constitucional, bem como, enquanto princípio geral do direito, servir de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico.

Acerca do tema, no tocante aos elementos integradores e norteadores do princípio da proporcionalidade, leciona LENZA, *verbum ad verbum*:

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição (LENZA; 2013, p. 162).

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente encontra guarida na concepção de que, uma vez que o Estado tem o dever constitucional de proteger determinados bens jurídicos essenciais – o que o faz através do direito penal – e não o faz, estaria, assim, se omitindo de suas obrigações. Esse entendimento, inclusive, é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em conformidade, aduz o eminente ministro BARROSO em sua obra, a saber:

O direito penal atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência (BARROSO, 2010, p. 434).

Portanto, com a devida ponderação sobre as normas conflitantes, percebe-se que há o que se falar em violação do princípio da presunção de inocência. O que, de fato, ocorre é que, no caso da execução provisória da pena, a referida norma deve ser interpretada com menor força do que de costume, devido à maior importância em resguardar os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, garantindo a aplicação da lei penal.

Vinculado ao sentido expressado, encontram-se as palavras do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC nº 84.078/MG, *ipsis litteris*:

Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica (STF, 2010, p. 102).

Em nenhum momento se levanta a hipótese de inferioridade ou desrespeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Apenas almeja-se seu devido equilíbrio quando confrontado com outra norma constitucional que, na oportunidade, mereceu maior relevância.

Tal lógica se verifica nas palavras do ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio (STF, 2016, p. 72).

Ademais, caso existam decisões que contenham erros graves quanto à interpretação legal ou constitucional, ou, ainda, caso haja ameaça de liberdade justificada, verdadeira e comprovada, poderá valer-se o réu da impetração de eventual *habeas corpus* e até mesmo o pleito pelo efeito suspensivo quando da interposição de casual recurso especial ou extraordinário.

Aliás, essa é a ideia dispersada pelo citado ministro da Corte Suprema, *verbum ad verbum*:

E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus* (STF, 2016, p. 72).

Destarte, verifica-se que a possibilidade da execução provisória da pena, permitida através de um juízo valorativo por meio da técnica da ponderação de interesses, não viola o princípio da presunção de inocência.

Aliada e justificando a importante decisão está a ocorrência de uma maior proteção de bens jurídicos constitucionais essenciais ao cidadão e a efetiva aplicação da lei penal.

### **5.3 Outros fatores que tornam legítima a execução provisória da pena**

Todos os argumentos até aqui colocados já são suficientes a embasar a constitucionalidade e, por conseguinte, legitimidade, da execução provisória da pena.

Contudo, no desígnio de solidificar ainda mais a fundamentação até aqui abordada, a seguir serão elencadas outras premissas que servem de escora ao convencimento em ser a execução provisória da pena plenamente possível e legal.

Destaque-se que as justificativas a seguir relacionadas são de autoria do ilustre ministro Luís Roberto Barroso, em sede do julgamento do HC 126.292/SP, no ano de 2016.

*A priori*, insta ressaltar que a execução provisória da pena, após decisão condenatória, proferida pelo Tribunal competente, está ligada à garantia da ordem pública, que é, inclusive, uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, por exemplo. Segundo BARROSO (2016), a Suprema Corte entende que essa garantia abarca, além de assegurar a integridade física do acusado e coibir a reiteração delituosa, elevação da credibilidade das instituições, mormente o Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, aduz o ministro que, tendo em vista as certezas que se fazem com a condenação em segundo grau – materialidade e autoria do crime, bem como o esgotamento na discussão fático-probatória.

A seguir, agrega-se parte do voto do eminente ministro, *in verbis*:

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do

Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril (STF, 2016, p. 45-46).

Outro ponto que merece destaque é a utilização abusiva e protelatória do direito de recorrer. Situações famosas no cenário nacional como o caso “Pimenta Neves”, Natan Donadon e do ex-senador Luiz Estevão demonstram que uso imoderado desse direito é uma afronta direta a efetividade da lei penal. Nas oportunidades citadas, o trânsito em julgado das decisões condenatórias somente ocorreu após 11, 19 e 23 anos, respectivamente, da data dos fatos.

BARROSO (2016) alerta que tais hipóteses têm sido regra hodiernamente. São agravos sobre embargos, que sobrepõem agravos que são novamente embargados. Enfim, chega-se a causar um enorme pandemônio destinado apenas alcançar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Corroborando com o tema, aduz o ministro Luiz Fux, *ipsis litteris*:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico (STF, 2016, p. 59-60).

Nesse espírito, leva-se ainda em conta que o uso exorbitante do direito de recorrer eleva o grau de seletividade do sistema criminal, uma vez que somente indivíduos de alto poder financeiro têm condições de efetuar interposições de recursos perante os Tribunais Superiores, o que acaba por ferir, de certa forma, a essência do princípio da isonomia.

Em ala diversa, mas também interligada ao assunto, BARROSO (2016) adverte, corretamente, acerca da duração razoável do processo. Tal previsão constitucional, além de um direito individual fundamental é, acima de tudo, dever do

Estado, e não pode ser deixado de lado, sob pena de favorecimento daqueles que utilizam de má-fé do sistema de justiça criminal do país.

Entretanto, não são somente esses os argumentos que são capazes de servir de escora positiva para a execução provisória da pena. Existe também a ponto de vista sob a ótica da população a respeito do mencionado instituto, e que, devido à sua importância, será comentado adiante.

### 5.3.1 Aspectos da interpretação constitucional pela sociedade acerca da execução provisória da pena

Conforme interpelado de forma bastante lépida no item 3.2.3 do presente trabalho, quando se falou da mutação constitucional, o processo de hermenêutica das normas constitucionais é dinâmico e deve sempre se harmonizar ao momento vivido pela sociedade.

Uníssono a todo o alicerce jurídico-argumentativo, devidamente fundamentado, até aqui cotejado, concluindo ser inteiramente admissível a execução provisória da pena, cita-se, apenas a título de fortalecimento, a interpretação que a sociedade desenvolve acerca do tema.

Já dizia o famoso constitucionalista alemão Peter Häberle (2002, p. 24), que *“a interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos”*, e que o próprio indivíduo pode ser considerado intérprete constitucional indireto ou em longo prazo.

Tomando a afirmação do nobre jurista como parâmetro, atrai-se a ideia de que, mesmo indiretamente, a opinião popular detém alguma importância na discussão em comento, ainda que, por óbvio, não pode prevalecer sobre a lei e, muito menos, a Constituição.

Desta forma, atrelando-se a concepção da sociedade em que o sistema criminal é extremamente falho e não consegue proteger os bens jurídicos que tem o dever de tutelar e, por isso, espera que sejam maiores providências efetivas no combate à criminalidade, a população aderiu de muito bom grado o entendimento que tornou novamente possível a execução provisória da pena.

Destarte, tendo em vista a existência de concreta fundamentação, tanto constitucional quanto infraconstitucional, para a execução provisória da pena, aliada a completa aceitação que se percebe no seio da sociedade, pode-se perfeitamente afirmar que a Corte Suprema cumpriu seu dever fielmente, uma vez que fez cumprir a Constituição, em unidade com o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, atendeu-se os anseios da população.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pois bem, considerando todo o farto arcabouço jurídico-argumentativo levantado durante todo o presente trabalho, é possível afirmar que existe uma solução para o tema.

Malgrado o princípio constitucional da presunção de inocência, ou não culpabilidade, possuir ânimo que condicione a psique a atribuir quase que força cogente quando da sua aplicação, restou cristalinamente provado que sua utilização do caso concreto não pode ser literal, sob pena de elevá-lo ao *status* de superprincípio, ou uma norma absoluta.

Destarte, como todos os outros princípios constitucionais, o princípio tema do presente trabalho possui presunção *juris tantum*, e não presunção *jure et de jure* e, por conseguinte, deve, quando em confronto com outros princípios de nível idêntico, ser submetido aos métodos de solução de conflitos normativos cabíveis.

Na situação do presente trabalho, a execução provisória da pena, conforme verificado no decorrer do conteúdo apresentado, o princípio da presunção de inocência se coloca em contenda com outros princípios constitucionais. Com isso, o único método capaz de solucionar tal conflito normativo é através da ponderação de interesses.

Portanto, ao se ponderar as normas conflitantes, deve-se não só almejar, mas, efetivamente, valer-se de um equilíbrio entre os valores e bens jurídicos tutelados pelas normas em choque e, através de uma visão racional e proporcional, sacrificar aqueles que, *in casu*, se mostraram menos importantes, para que seja, de fato, alcançada uma decisão justa.

Assim, conclui-se que não há violação alguma ao se permitir a execução provisória da pena. Muito pelo contrário, existe uma ponderação de interesses jurídicos – e por que não sociais também – que sopesa o princípio da presunção de não culpabilidade frente a segurança e a efetividade da lei penal, sendo esta a responsável pela guarda dos bens mais essenciais à sociedade, e entende por mais proporcional e equilibrado atribuir a prevalência desta do que daquele.

Outrossim, não obstante a existência da vasta estrutura de fundamentação jurídica objeto do presente trabalho, deve-se ressaltar ainda, como um fator

vinculado, a interpretação que a própria sociedade depreende da execução provisória da pena.

A população brasileira nunca admitiu que alguém já condenado penalmente duas vezes (em primeiro e segundo grau) possa ser tratado como inocente da mesma forma que alguém que é um réu indiciado em um procedimento administrativo.

Nesse sentido, ultima-se, com a perfeita consonância entre o entendimento completamente técnico e coeso do Supremo Tribunal Federal e a visão da sociedade acerca da possibilidade, e constitucionalidade, que a execução provisória da pena, permitida através do criterioso método ponderativo de solução de conflitos de normas constitucionais, não viola o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Por óbvio que ainda não será essa percepção que agradará a integralidade da população, contudo, um entendimento que seja, ao mesmo tempo, constitucional e valoroso para a maioria da sociedade, verdadeiramente, é o mais próximo da justiça que se pode, hoje, alcançar.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução Penal esquematizado* – 2ª edição Revista e Atualizada –São Paulo: Método, 2015. 470 p. PDF.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

BAHIA, Flávia. *Descomplicando Direito Constitucional*. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. 454 p. PDF.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1* – 19ª edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013. 863 p. PDF.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tercio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, rev. téc. Cláudio de Ciccio. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOTTOSO, Luciana de Oliveira. *A constitucionalidade da mitigação do princípio da inocência pelo STF*. In: *De Jure*: Revista Jurídica – Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 16, n. 28, jan./jun. 2017. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional/Diretoria de Produção Editorial, 2017. p. 259-283.

BRASIL. *Código de processo civil*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília - Diário oficial da união. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília/DF – Diário oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 08 de setembro de 2017

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 08 de setembro de 2017

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em: 08 de setembro de 2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. 916 p. PDF.

COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras – Explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. – 3ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997; Reimpressão 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* – 17ª edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Esquematizado* – 18ª edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2016.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. O Pacto de São José da Costa Rica e o julgamento do RE-STF 466.343. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3607, 17 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24454>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal* - 13ª edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015. 373 p. PDF.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*. Coleção Temas Jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Editoras Atlas S.A., 1998. 319 p. PDF.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 532 p. PDF.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal* – 12ª edição Revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1140 p. PDF.

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 11ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense 2014.

STF, ARE 964.246/SP, DJe 24/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 06 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 84.078/MG*, DJe 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 12 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 85.886/RJ*, DJe 15/06/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85886&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 17 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 114.688/PR*, DJe 13/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=114688&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 03 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 121.348/MG*, DJe 29/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=121348&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 06 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 126.292/SP*, DJe 17/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 14 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 147.136/SP*, DJe 26/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=147136&classe=HC-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 06 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *MS 23452/RJ*, DJe 16/09/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1763585>> Acesso em: 12 de novembro de 2017.

STJ, *EREsp 1619087/SC*, DJe 24/08/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1619087&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em: 14 de setembro de 2017.

TJMG, *Apelação Criminal – Processo nº 1.0024.14.154480-9/001*. Publicado no DJe em 20/11/2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=574&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=execucao%20provisoria%20da%20pena%20presuncao&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Embargos Infringentes e de Nulidade* – Processo nº 1.0418.09.017122-8/003. Publicado no DJe em 20/11/2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=3993&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=execu%E7ao%20provisoria%20da%20pena&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus Criminal* – Processo nº 1.0000.17.075896-5/000. Publicado no DJe em 20/11/2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=3993&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=execu%E7ao%20provisoria%20da%20pena&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 22 de novembro de 2017.