



**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:
RESULTADO DA HARMONIZAÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
SEGURANÇA PÚBLICA**

**PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE OF IMPRISONMENT: RESULT
FROM THE HARMONIZATION BETWEEN DEFENDANT'S PRESUMPTION OF
INNOCENCE AND PUBLIC SAFETY**

Rafael Schvez Kurkowski¹

Antonio Henrique Graciano Suxberger²

RESUMO

O artigo sustenta a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recurso extraordinário e/ou especial admitido sem efeito suspensivo. A atualidade do tema decorre do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, o qual reformou a posição consolidada desde 2009, no HC n. 84.078/MG, no sentido da incompatibilidade entre a execução provisória e a presunção de inocência assentada na Constituição Federal. O objetivo do estudo consiste na harmonização entre a tutela da segurança pública e a presunção de inocência, de forma a autorizar a execução provisória da pena assim que definida a culpabilidade nas instâncias ordinárias. Para essa harmonização, imposta pela unidade da Constituição, é necessário o exame sobre a natureza dos institutos jurídicos envolvidos, a vinculação do Poder Judiciário à tutela da segurança, a relevância da anterioridade da definição da culpa no julgamento dos recursos excepcionais, a existência de meios para questionar eventual ilegalidade na execução provisória e a interpretação constitucional voltada à segurança. A ponderação envolvendo

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor licenciado da Faculdade Pio Décimo. Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo. E-mail: rafadir2000@yahoo.com.br

² Mestre em direito pela Universidade de Brasília (2005) e Doutor em Direito pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha, 2009 - diploma reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília — UNICEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: antonio.suxberger@uniceub.br.



essas questões, com destaque à vedação constitucional de proteção deficiente dos direitos fundamentais, revela que a execução provisória, além de compatível com o núcleo da presunção de inocência, é consequência natural do encerramento das instâncias ordinárias. A metodologia empregada consiste na revisão bibliográfica, com realce aos direitos fundamentais e à proporcionalidade, e na análise documental, com ênfase para os principais julgamentos do STF sobre o tema, na vigência da atual Constituição, que discutiram e admitiram a execução provisória da pena.

Palavras-chave: Pena. Execução provisória. Inocência. Segurança. Harmonização. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper sustains the constitutionality of the provisional execution of the sentence of imprisonment pending extraordinary and/or special recourse received without suspensive effect. The topicality of the theme derives from the understanding adopted by the Supreme Court in 2016, when judging the HC n. 126.292/SP, which reformed the consolidated position since 2009, in the HC n. 84.078-7/MG, towards the incompatibility between the provisional execution and the innocence presumption foreseen in the Federal Constitution. The objective of this study consists in the harmonization between the protection of public safety and de presumption of innocence in the way to authorize the provisional execution of the sentence when the guilty is defined in the ordinary instances. For this harmonization, imposed by the unity of the Constitution, it is necessary the exam about the nature of the juridical institutes involved, the Judiciary Power bonding to the protection of the safety, the relevance of the anteriority about the definition about guilty in the judging of the exceptional recourses, the existence of expedients to question eventual illegality in the provisional execution and the constitutional interpretation directed to the safety. The ponderation involving these questions, with highlight of the constitutional prohibition of the deficient protection of the fundamental rights, reveals that the provisional execution, beyond its compatibility with the core of presumption of innocence, is a natural consequence from the conclusion of the ordinary instances. The methodology used consists in the bibliographic review, with distinction to the fundamental rights and the proportionality, and in the documental analysis, with emphasis to the main judgements of the Supreme Court about the theme, in the validity of the present Constitution, that discussed and accepted the provisional execution of the sentence of imprisonment.

Keywords: Sentence of imprisonment. Provisional execution. Innocence. Public safety. Harmonization. Proportionality.



1 INTRODUÇÃO

Na vigência da atual Constituição Federal, a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o encerramento das instâncias ordinárias, predominou, por largo tempo, sem oposição significativa, no Supremo Tribunal Federal (STF).

No HC n. 67707/RS, em 1989, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu-se que a presunção de inocência da então novel Constituição não revogara as prisões cautelares, especificamente a decorrente do então vigente art. 594 do CPP (“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”). No HC n. 67857/SP, em 1990, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho, decidiu-se assim: “não pode prevalecer a tese de que, ante o mencionado item LVII de que, embora haja decisão condenatória, mesmo em segundo grau, a prisão só poderá efetuar-se após o trânsito em julgado de tal decisão”. Um dos motivos para tanto – a preocupação com a segurança pública – já transparecia. O relator destacou que a Constituição Federal não poderia ser interpretada no sentido de haver determinado que criminosos de alta periculosidade ficassem em liberdade até o julgamento final dos recursos excepcionais, assim “pondo-se em risco maior a tranqüilidade e a segurança da população”. Idêntica linha de julgamento foi seguida no HC n. 67841/SC e no HC n. 68037/RJ, ambos julgados em 1990, sob a relatoria do mesmo Ministro.

Já no HC n. 68726/DF, julgado em 1991, o Ministro Relator Néri da Silveira manteve a prisão determinada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro quando este desproveu a apelação interposta em favor do paciente. O Ministro Relator fundamentou que o “caso julgado”, o qual ocorreria após o julgamento de todos os recursos ordinários, permitiria a execução provisória por respeitar os direitos fundamentais do réu e por ter em vista a consolidação do juízo condenatório. Por tal razão, à época da vigência do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, os recursos extraordinário e especial eram recebidos apenas no efeito devolutivo.



Em prosseguimento, no HC n. 68521/SP e no Recurso Extraordinário n. 133489/SP, ambos da relatoria do Ministro Paulo Brossard, em 1991, e no HC n. 69263/SP, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 1992, manteve-se o entendimento acerca da validade do art. 594 do CPP e das demais prisões processuais frente ao princípio da presunção de inocência. No HC n. 72366/SP, em 1995, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, consolidou-se a recepção do art. 594 do CPP pela Constituição Federal. Observou-se que a prisão constituía um efeito natural da sentença condenatória por já conter um “juízo de consistência da acusação”. Pontuou-se que o distanciamento temporal entre o fato delituoso e a sua punição provocado pela morosidade do sistema judiciário torna a pena “despojada da sua importante finalidade utilitária de medida inibidora do crime”.

No HC n. 74983/RS, em 1997, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, fundamentou-se que a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário justificativa o cumprimento imediato da prisão decorrente da condenação. No HC n. 79814/SP, em 2000, sob a relatoria do Ministro Nelson Jobim, manteve-se o entendimento acerca da viabilidade da execução provisória da pena, reportando-se ao HC n. 68726/DF, o qual foi reconhecido como precedente do Pleno.

Tamanha era a uniformidade desse entendimento que foram editados, em 2003, os verbetes n.ºs. 716 e 717 da Súmula do STF, disciplinando a execução provisória da pena ao admitir a progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado da condenação.

Tal quadro perdurou até 2009, quando, no hábeas-córpus³ n. 84.078/MG, o STF, por maioria, contrariando a jurisprudência até então dominante, decidiu no sentido da inconstitucionalidade da execução antecipada (*rectius*: provisória) da pena, sob dois principais

³ Sobre a forma hábeas-córpus, Kaspary ensina: “Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em córpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc.” (KASPARY, Adalberto J. Habeas Verba: português para juristas. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.)



argumentos: a presunção de não-culpabilidade exigiria, à exceção da prisão cautelar, o trânsito em julgado da sentença condenatória; e a ampla defesa incidiria, sem qualquer tipo de gradação, durante todas as fases do processo penal. O processo criminal em questão referia-se a uma condenação do réu a sete anos e seis meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

A jurisprudência do STF superveniente, então, servindo de parâmetro nacional, alinhou-se ao entendimento da impossibilidade da execução provisória, a exemplo dos arestos HC n. 107710/SC (2015), HC n. 119759/SP (2013) e HC n. 106463/PR (2011).

Contudo, em fevereiro de 2016, houve nova guinada de entendimento no STF. No julgamento do HC n. 126.292/SP, o mesmo STF, revigorando a jurisprudência anterior ao HC n. 84.078/MG, decidiu, por maioria, no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, sob o principal argumento de que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. O caso concreto referia-se a um réu que fora condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do CP. Essa decisão do HC n. 126.292/SP serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes⁴.

Posteriormente, em outubro de 2016, o STF indeferiu a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44, cujo objeto versava sobre o art. 283 do CPP. Apesar de o acórdão não haver sido publicado na data de fechamento deste artigo, notícia veiculada no *site* do STF informou que a maioria dos Ministros considerou que

⁴ Confiram-se os seguintes julgados alinhados ao HC n.º 126.292/SP: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, agravo regimental n. 737305, Min. Re. Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgado em 28/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11479231>>. Acesso em: 11 set. 2016.; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC n. 346.721/MG, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600031019&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 11 set. 2016.



o art. 283 do CPP “não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância”⁵.

Fundamentalmente, a divergência entre os entendimentos judiciais sob análise reside quanto à necessidade ou não do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Tal questão passa pelos direitos fundamentais e remonta à colisão entre a presunção de inocência e a segurança pública, institutos com assento constitucional.

A evolução retratada nesse quadro decisório revigorou o interesse no estudo sobre a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, na pendência dos recursos extraordinário (art. 102, III, da CRFB) e especial (art. 105, III, da CRFB) recebidos sem efeito suspensivo. Além da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei n. 13.105/15), que prevê a atribuição de efeito suspensivo a esses dois tipos de recursos, fundamentos que não foram explorados pelo STF justificam o presente estudo.

A execução provisória ora tratada envolve o esgotamento das instâncias ordinárias na Justiça Comum Criminal Federal e Estadual, vale dizer, quando já ocorreu o pronunciamento definitivo dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais sobre o mérito da ação penal. Tal sucede com o julgamento dos recursos de apelação (art. 593 do CPP), de embargos infringentes e/ou de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) e dos eventuais embargos de declaração (art. 619 do CPP) interpostos.

Com apoio na doutrina sobre direitos fundamentais, princípios e processo penal, verifica-se, na execução provisória da pena privativa de liberdade, a colisão do princípio da presunção de não-culpabilidade⁶, que traduz regra disciplinadora do ônus da prova, com a

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶ Este trabalho segue a linha doutrinária, a exemplo de Nucci e Nicolitt, que considera presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência sinônimos. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.; NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150). Registra-se, contudo, a existência de doutrina que



segurança pública, a qual – constituindo parâmetro de integração e de interpretação, objetivo da República, direito fundamental individual, direito social fundamental e dever do Estado – deve ser garantida pelo Estado, por intermédio dos seus três Poderes, entre os quais figura o Judiciário. Aliás, demonstra-se que a eficácia objetiva e o interesse comunitário dos direitos fundamentais, conforme a doutrina que ampara o presente estudo, implicam que o Poder Judiciário, nas suas decisões, observe, além dos direitos individuais do réu, a segurança pública.

A colisão entre a presunção de inocência e a segurança, observado o caráter *prima facie* dos princípios, pelo qual eles são aplicados de forma gradativa, ou seja, na medida das possibilidades jurídicas e fáticas, é resolvida por meio do sopesamento entre eles. (ALEXY, 2015, p. 103-104). Este é realizado por intermédio da proporcionalidade. Contudo, aqui não se cuida da proporcionalidade como a clássica “proibição de excesso” (de cunho negativo, visando à abstenção do Estado, como bem argumenta Humberto Ávila), mas como “proibição de insuficiência”, “momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental”. (STRECK, 2005, p. 179). Nessa operação, impõe-se também o respeito aos postulados da concordância prática, o qual objetiva a realização máxima dos princípios tensionados, não obstante procure o equilíbrio entre eles, e da proibição do excesso, visto agora como preservação do núcleo essencial, que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. (ÁVILA, 2004, p. 96-97).

Com amparo na doutrina pertinente, sustenta-se que, consideradas as condições fático-jurídicas no momento do encerramento das instâncias ordinárias, especialmente a impossibilidade de discussão adicional sobre a culpabilidade, a segurança é privilegiada em relação à presunção de inocência. Esta, todavia, por comportar gradação, continua sendo garantida ao réu, porém em intensidade menor do que quando do início do processo penal.

estabelece diferenciação a respeito. Por todos, vide Rangel. (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 25).



Em outra linha, é digno observar também que, na ordem internacional, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não é exigido para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme se depreende da leitura do art. 11, item 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e do art. 7º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tais dispositivos legais, destacando-se que o primeiro diploma, a despeito de não ter valor vinculante, representa o ideal a ser perseguido pelos países que prezam pelos direitos humanos, condicionam a presunção de inocência e a prisão, respectivamente, à demonstração da culpabilidade em processo judicial, como registra Carvalho (2006, p.161), e não ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Como será desenvolvido neste trabalho, deve-se observar que, no processo judicial brasileiro, a culpabilidade⁷ é demonstrada de forma segura justamente com o encerramento das instâncias ordinárias, em função da impossibilidade de discussão posterior sobre ela. Porque a culpabilidade respeita ao fato e porque os recursos excepcionais – extraordinário e especial – versam apenas sobre a legislação abstrata, não há lugar para discutir a culpabilidade na instância especial, o que consolida o seu reconhecimento na instância ordinária. Pode-se, assim, cogitar da coisa julgada quanto ao capítulo sentencial da culpabilidade, o que igualmente justifica a execução provisória da pena.

Diante desse contexto, a harmonização entre a segurança e a presunção de inocência permite a execução provisória da pena privativa de liberdade após o encerramento das instâncias ordinárias. A revisão bibliográfica da doutrina pertinente e a análise documental, envolvendo especialmente a dialética que se estabelecerá entre o HC n. 84.078/MG e o HC nº. 126.292/SP, comprovarão as seguintes hipóteses: a) a Constituição Federal vincula o Poder Judiciário, nas suas decisões, à realização da segurança pública; b) o ordenamento jurídico pátrio confere meios adequados para discutir eventual ilegalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, quais sejam, o hábeas-córpus e a possibilidade de

⁷ Referindo-se à reprovação social incidente sobre uma conduta típica que apresenta um nexo causal com um resultado lesivo, o presente trabalho emprega os vocábulos “culpa” e “culpabilidade” como sinônimos, na linha da doutrina de Francisco de Assis Toledo. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 216)



agregação do efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial; e c) uma interpretação sistemática da Constituição Federal, com amparo na proporcionalidade vista como proibição de insuficiência, revela que a execução provisória da pena privativa de liberdade é providência comum e esperada após o encerramento da instância ordinária.

Registra-se, ademais, que, como o tema envolve sobremaneira direitos fundamentais e princípios de estatura constitucional, este artigo levará em conta principalmente a jurisprudência do STF em razão de ele ter a última palavra sobre ela. Especialmente, será conferido enfoque ao HC n. 126.292/SP, porquanto, em se tratando de caso paradigmático, mesmo que não haja eficácia vinculante, o “STF ao julgar uma controvérsia não decide apenas um caso posto ao seu crivo, mas indica a direção normativa que devem seguir os indivíduos (e as autoridades) e as instituições (públicas ou particulares)”. (ALVES JR., 2014, p. 108).

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

2.1. Norma de natureza processual relacionada ao ônus da prova

A presunção de inocência decorre do art. 5º, LVII, da CF, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De arranque, na esteira das razões esposadas pelo Ministro do STF Barroso no HC n. 126.292/SP e nas ADCs n.ºs. 43 e 44, impõe-se observar que a Constituição da República condiciona o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado; já o regime da prisão está regulamentado no art. 5º, LXI, o qual dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Assim, enquanto o reconhecimento da culpa depende do trânsito em julgado, a prisão depende de ordem escrita devidamente fundamentada. Já se percebe, portanto, que a Constituição da



República não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para fins da decretação da prisão.

No tocante à sua natureza jurídica, sublinha-se que a presunção de inocência não diz respeito à norma de direito material, mas, pelo contrário, de direito processual probatório. A exata compreensão do significado de não se considerar como culpado o réu, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, vem explicado pela doutrina. Segundo Nucci: “[...] significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado [...] O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”. (NUCCI, 2006, p. 53).

Conforme Rangel, a visão correta que se deve dar à presunção de não-culpabilidade se refere ao ônus da prova, pois, à luz do sistema acusatório bem como do princípio da ampla defesa, não é o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência desse álibi. (RANGEL, 2010, p. 28). Nesse ponto, a rigor, não se trata de prova negativa – que constitui verdadeira prova diabólica – a respeito do álibi, mas simplesmente da demonstração da materialidade e da autoria (fato típico, ilícito e culpável), cuja presença afasta, por processo lógico, o sedizente álibi invocado pelo réu.

Consoante Giacomolli, o princípio da inocência atina ao conteúdo da sentença e aos atos processuais indutores dela, como atos probatórios e motivação judicial, incumbindo à parte acusadora o ônus probatório da quebra da inocência. Evidenciando o ônus probatório, ele esclarece que o princípio em questão se destina tanto ao legislador como ao juiz, no sentido de que eles não podem criar leis e praticar atos que transfiram ao acusado o ônus da prova sobre a sua inocência. (GIACOMOLLI, 2009, p. 47).

Aury Lopes Jr., ferrenho defensor do assim chamado garantismo (negativo)⁸, atrela a presunção de inocência, enquanto dever de tratamento, à carga probatória atribuída ao acusador: “É sua incidência no âmbito probatório, vinculado à exigência de que a prova

⁸ Para conferir a diferença entre o garantismo negativo e o positivo, vide Maria Streck (2009, p. 51-52) e Douglas Fischer (2009).



completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”. (LOPES JR., 2012, p. 238).

Ferrajoli, por sua vez, ao estudar o princípio da inocência enquanto regra de juízo, atrela-o ao sistema acusatório, no qual a verdade é relativa ou formal, sendo estabelecida por intermédio do embate de argumentos entre a acusação e a defesa. Pontualmente, ele aduz que, “[s]endo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”. (FERRAJOLI, 2014, p. 562).

Nessa linha, constata-se que a presunção de inocência, positivada no art. 5º, LVII, da CF, consiste em regra de tratamento ligada ao ônus da prova, e não em regra de direito material. Ela simplesmente impõe todo o ônus da prova quanto à materialidade e à autoria do crime ao acusador.

Da presunção sob exame, origina-se o *nemo tenetur se detegere*, pois o agente, com efeito, não tem qualquer obrigação ou dever de colaborar na investigação do fato. Trata-se, ainda, de típico direito fundamental de primeira geração (ou dimensão)⁹, de cunho negativo e ligado à liberdade (negativa), impondo abstenção ao Estado.

Existe uma leitura isolada e pontual do art. 5º, LVII, da CF, que leva à conclusão equivocada sobre a impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No limite desse entendimento, as prisões eminentemente cautelares tais como a temporária (Lei n. 7.960/89) e a preventiva (art. 311 do CPP) restariam inviabilizadas.

Todavia, demonstrar-se-á, mais adiante, que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela o equívoco desse entendimento e conduz à conclusão diversa. De fato, segundo Fischer, uma interpretação sistemática envolvendo todos os instrumentos jurídicos previstos para evitar a indevida restrição à liberdade dos cidadãos revela que a prisão

⁹ Prefere-se o vocábulo “dimensão” ao “geração”, na linha da diferenciação estabelecida por Sarlet (2009, p. 45).



do réu-condenado na pendência dos recursos extraordinário e/ou especial recebidos sem efeito suspensivo não viola o princípio da inocência. (OLIVEIRA; FISCHER, 2012, p. 1299).

2.2 Ônus da prova do qual a acusação já se desincumbiu na hipótese de interposição de recurso excepcional pela defesa

No processo penal brasileiro, quando se trata dos recursos excepcionais interpostos pela defesa, significa que já houve a prolação de uma sentença (ou acórdão) condenatória, que impôs alguma pena ao réu. Portanto, uma vez acolhida, mesmo que em parte, a pretensão acusatória, o Ministério Público já se desincumbiu do seu ônus probatório em relação à materialidade e à autoria da conduta criminosa imputada ao réu.

Demonstrar-se-á, adiante, que o recurso extraordinário e o recurso especial não discutem matéria fática, tampouco, portanto, a culpa do réu. O escopo de tais recursos atina apenas à legislação constitucional e infraconstitucional.

Assim, quando se trata do processamento e do julgamento de recursos excepcionais interpostos pela defesa, não há mais que se cogitar sobre ônus da prova para o Ministério Público. Não há mais ônus da prova justamente porque não existe mais fato para se discutir, destacando-se que a prova, em sede de direito processual, se destina ao fato, e não ao direito (*iura novit curia*)¹⁰.

Visto conceito da presunção de não-culpabilidade, impõe-se a análise da segurança pública, para então proceder à harmonização entre elas.

3 SEGURANÇA PÚBLICA: INSTITUTO QUE INCIDE EM TODO O PROCESSO PENAL

¹⁰ Observa-se que, segundo o art. 376 do NCPC, o juízo pode exigir que a parte comprove o teor e a vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário que alegue.



A segurança é de fundamental importância para todos os indivíduos, já que, “sem segurança, não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade”. (BALTAZAR JR., 2010, p. 187).

Ademais, a noção de segurança é um dos pilares fundantes do Estado, sendo uma das razões da existência deste. Ao tempo da constituição da figura política do Estado, os homens, os quais, isoladamente, entrariam em guerra devido à absoluta ausência de limites entre eles, preferiram unir-se e, mediante a renúncia da própria liberdade, outorgaram poderes ao Estado para governá-los, evitando assim uma anarquia. É a teoria de Hobbes, que assim se manifesta: “Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”. (HOBBS, 1651, p. 61).

Nessa linha, Baltazar anota, com base em Johannes Dietlein, que o “dever estatal de garantia da segurança e o conseqüente direito do cidadão a ela surgem como contrapartida ao monopólio do uso da força por parte do Estado e da proibição da autotutela”. (BALTAZAR JR., 2010, p. 190).

Lado outro, o Estado deve prestar a segurança que dele legitimamente o cidadão espera sob pena de quebrar o princípio de proteção da confiança nele depositada pelo cidadão. Afinal, a renúncia à autotutela quanto à defesa dos bens jurídicos só tem sentido para o indivíduo se este é protegido pelo Estado. (BALTAZAR JR., 2010, p. 191).

Traçadas tais linhas básicas, giza-se que a segurança constitui direito fundamental individual (art. 5º, *caput*, da CF). Entendida como direito de primeira dimensão – cunho negativo –, ela exige do Estado uma abstenção para não turbar a liberdade de cada indivíduo. Por tal razão, exemplificativamente, é defeso ao Judiciário decretar a prisão preventiva de um sujeito se inexistente o *fumus comissi delicti*¹¹ (art. 312, *in fine*, do CPP).

¹¹ Segundo Pacceli, “os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus comissi delicti*, ou aparência do delito, equivalente ao *fumus boni*



Além disso, a segurança pública consiste em direito fundamental coletivo (art. 6º, *caput*, da CF). Havida como direito de segunda dimensão – cunho positivo –, ela exige dos seus destinatários que empreendam ações positivas para garantir a segurança de todos. Aqui, já se pode iniciar a materialização de um verdadeiro dever de o Poder Judiciário também primar pela segurança pública.

Em continuação, a segurança pública traduz objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I e IV, da CF). Pela posição topográfica desse art. 3º, que vem logo depois de a Constituição Federal afirmar que “[s]ão poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da CF), percebe-se que o Judiciário, por ser um dos Poderes integrantes da República, está plenamente vinculado aos objetivos de construir uma sociedade livre e justa bem como de promover o bem de todos.

A esse passo, já é possível a cogitação acerca de um princípio – no sentido vulgar, ou seja, como um valor ideal a ser perseguido pelos destinatários da Constituição Federal – de segurança pública.

Em outra linha, a segurança, estando prevista no preâmbulo da Constituição Federal, deve ser vista como elemento de interpretação e de integração de todo o ordenamento jurídico. Segundo Alexandre de Moraes, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, porquanto deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, sendo, portanto, uma de suas *linhas mestras interpretativas*. (MORAES, 2006, p. 15). Bulos segue na linha similar: “[m]esmo destituído de normatividade e cogência, é inegável a sua importância como vetor interpretativo, utilíssimo para se compreender as linhas gerais da manifestação constituinte originária”. (BULOS, 2012, p. 41). Em consequência, toda e qualquer interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a presunção de não-culpabilidade, deve observar a segurança.

iuris de todo processo cautelar”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 488).



No sistema penal pátrio, a segurança tem um viés preventivo, notadamente exercido pela Polícia Militar (e pela Polícia Federal, no âmbito da União), e um viés repressivo. Este é desempenhado pelos três Poderes. Pelo Poder Executivo, na figura da polícia civil, a quem compete investigar as condutas criminosas.

Pelo Poder Legislativo, mediante a edição de leis penais incriminadoras que se destinam a evitar as violações, as ofensas e os perigos mais graves aos direitos fundamentais. “Toda lei penal deve, portanto, representar a medida que o Estado adota para poder proteger os direitos fundamentais e os demais bens jurídicos que a Constituição ordena que sejam resguardados.” (STRECK, 2009, p. 46). Destacam-se aqui os *mandados constitucionais de criminalização*, ou seja, aquelas hipóteses sobre as quais o próprio constituinte originário, a título de direito fundamental, determinou a respectiva criminalização e/ou um tratamento penal mais gravoso, a exemplo dos crimes de tortura e de racismo. Esses mandados vêm expressos no título de garantias fundamentais da Constituição Federal, o que permite a conclusão de que a criminalização de certas de certas condutas pelo legislador infraconstitucional representa um direito fundamental coletivo. (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2015, p. 494). Igualmente, acentua-se aqui o caráter fragmentário do Direito Penal: “dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são alcançados pelas malhas do ordenamento penal”. (TOLEDO, 1994, p. 14-15).

Pelo Poder Judiciário, a segurança também deve ser desempenhada, pois ele integra o Estado, a quem a Constituição incumbiu da proteção dos direitos dos indivíduos. Nesse ponto, observa-se, como faz Carvalho, que, “[e]mbora impor a ordem pública não seja uma função precípua do Poder Judiciário, também não é privativa dos órgãos indicados no art. 144 da Constituição”. (CARVALHO, 2006, p. 222). Além disso, o julgamento do processo criminal e a execução da sanção estão ontologicamente relacionados à pena criminal, que tem a função, inclusive constitucional, de defender os direitos fundamentais. A propósito, Pulido observa, ao descrever os direitos fundamentais na sua faceta de “direitos de proteção”: “[...] a lei penal aparece como medida que o Estado adota para proteger os direitos fundamentais e os demais



bens constitucionais” (PULIDO, 2013, p. 111). Como é o Poder Judiciário quem detém o monopólio na realização dos julgamentos e na determinação da execução penal, ele é corresponsável pela garantia da segurança pública. Acertadamente, então, o dever de garantir a segurança está em evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, em apurar (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) o ato ilícito e, em sendo o caso, em punir o responsável. (FISCHER, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “resta indubitosa a existência do direito da sociedade-coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”. (LIMA, 2015, p. 318).

Tecidas tais considerações, sublinha-se a necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição a fim de atingir o equilíbrio entre a segurança e a presunção de inocência.

4 HARMONIZAÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SEGURANÇA

A harmonização da presunção de inocência com a segurança pública é uma das tendências do direito processual penal contemporâneo, que busca o equilíbrio entre assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos fundamentais e dotar os sistemas persecutórios de maior eficiência para fins da segurança social. Nesse ponto, os direitos fundamentais da liberdade e da segurança conferem aos indivíduos o direito a que o Estado atue positivamente para estruturar órgãos e criar procedimentos que, concomitantemente, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade. (FERNANDES, 2008, p. 231-233).

Mir Puig fala também da necessidade de conciliação de princípios contrapostos: “a necessidade de limitar a potestade punitiva estatal frente ao cidadão, submetendo-a ao império da lei e ao respeito de todos os direitos fundamentais, e a proteção *eficaz* frente ao delito, entendido como ataque a direitos e interesses pessoais ou coletivos dos cidadãos” (tradução nossa). (PUIG, 2011, p. 59).



Para a busca desse equilíbrio, são necessárias a identificação e a análise dos fatores e das ferramentas envolvidos no procedimento que buscará a realização ótima do sopesamento desses dois princípios.

4.1 Anterioridade da definição da culpa no julgamento dos recursos excepcionais

Os recursos excepcionais, no âmbito criminal, desafiam apenas a legislação abstrata, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF, o que demonstra significativa limitação nas suas hipóteses de cabimento. Por conseguinte, porque não é permitida a discussão sobre fatos – e a culpabilidade do réu constitui matéria eminentemente fática –, é vedada a discussão sobre a culpabilidade no âmbito desses dois recursos. Esta é a posição consolidada no âmbito do STF, exposta no Agravo de Instrumento n. 601.833¹².

Ademais, a afronta à lei, nesses dois recursos, deve ser direta, e não oblíqua. O STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que a violação à lei não pode ser reflexa (ARE n. 969.273/SP¹³ e ARE n. 938.544/PE¹⁴).

Além de não produzir provas, já que os recursos extraordinário e especial não se prestam à discussão de fatos, eles, igualmente, não se destinam ao reexame de provas, consoante o verbete n. 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe

¹² “A via recursal eleita não se presta ao reconhecimento de culpa ou à afirmação de inocência, mas tão-somente ao exame de eventual vulneração de dispositivos constitucionais.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n.º 601833, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Julgado em 21/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=566255>>. Acesso em: 14 set. 2016.)

¹³ “A alegada ofensa aos incisos I, XXII, XXIX, XXXV, LIV e LV do art. 5º da CRFB reclama reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, impossível na via do recurso extraordinário, por configurar ofensa indireta à Constituição Federal.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 969273, Min. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 28/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11486599>>. Acesso em: 14 set. 2016.)

¹⁴ “A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n.º 938544, Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma. Julgado em 14/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11263654>>. Acesso em: 14 set. 2016.)



recurso extraordinário.”) e o verbete n. 7 da Súmula do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”).

Por outro lado, justamente em razão do desenho e função institucionais do STF, a Constituição Federal exige, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral (art. 102, § 3º, da CF). Atualmente, a repercussão geral está definida no artigo 1.035, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), cuja redação segue: “§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico **que ultrapassem os interesses subjetivos do processo**” (sem grifos no original). Exatamente por isso, o Ministro Edson Fachin, no seu voto do HC 126.292/SP, afirmou que o STF e o STJ não foram concebidos, na estrutura recursal prevista nos arts. 102 e 105 da CF, para revisar “injustiças do caso concreto”.

Por conseguinte, como a tese sustentada no recurso extraordinário deve, necessariamente, ultrapassar os interesses subjetivos do processo – e a culpabilidade do réu recorrente é, evidentemente, questão subjetiva –, o recurso extraordinário cujo tema verse sobre a culpabilidade não tem cabimento.

Demonstrado que os recursos extraordinário e especial não admitem a discussão sobre a culpabilidade do réu, impõe-se, nesses casos, um exame sobre a formação da coisa julgada. Inicialmente desenvolvida pelo Ministro Néri da Silveira, no julgamento do HC n. 68726, a ideia da formação da coisa julgada em capítulos foi aprofundada pelo Ministro Luiz Fux, no paradigmático HC n. 126.292/SP. Reconhecendo a imutabilidade com relação à matéria fático-probatória após o julgamento pelas instâncias ordinárias, já que, mediante os recursos extraordinário e especial, se devolvem ao órgão julgador apenas questões legislativas constitucionais e/ou federais, ocorre a formação da coisa julgada quanto ao capítulo atinente à culpabilidade do réu. Estaria autorizada, portanto, a execução provisória da pena privativa de liberdade.



De fato, a culpabilidade já foi determinada de forma definitiva antes do julgamento dos recursos excepcionais já referidos. Mesmo eventuais absolvição ou extinção da punibilidade que sobrevenham não estarão fundamentadas no afastamento da culpabilidade, mas em outros motivos, a exemplo da inconstitucionalidade de uma lei ou da prescrição da pretensão punitiva. É exatamente tal situação que permite cogitar a coisa julgada do capítulo alusivo à culpabilidade.

Eis a constatação: a culpa é evidenciada, de forma definitiva, embora não represente ainda a procedência da pretensão punitiva, antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Por conseguinte, uma vez obtida a coisa julgada relacionada à culpabilidade, resta autorizada a execução provisória da pena privativa de liberdade.

4.2 Existência de meios para combater eventual ilegalidade na execução provisória

A existência de meios adequados e céleres ao réu para combater eventual ilegalidade na execução provisória da pena privativa de liberdade contribui para a aceitação desta como providência natural e esperada no evoluir do processo criminal no qual a culpa do réu já está demonstrada.

O novo Código de Processo Civil contribuiu sobremaneira nesse aspecto. Ao revogar os artigos 26 a 29 da Lei n. 8.038/90, que diziam respeito aos recursos extraordinário e especial, o NCPC afastou o óbice legal à concessão de efeito suspensivo a esses recursos. O art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, era expresso ao afirmar que os “recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”, verificando-se verdadeira omissão eloquente quanto à atribuição do efeito suspensivo. Inclusive, a ausência de previsão a respeito do efeito suspensivo desses recursos constituía um dos principais argumentos da jurisprudência favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Além de revogar os arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038/90, os quais, ostentando caráter de lei geral, regulamentavam os recursos extraordinário e especial, o NCPC passou a discipliná-los



integralmente (Seção II do Capítulo VI do Título II – arts. 1029 a 1041). No art. 1.029, §5º, ele é expresso quanto à possibilidade da atribuição de efeito suspensivo ao recurso, providência que, nos termos do seu art. 995, parágrafo único, impedirá que a decisão recorrida produza os seus efeitos, “quando houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”.

Aqui, impende observar que o NCPC, o qual regulamenta exhaustivamente os recursos em questão, tem aplicação analógica em relação ao CPP, conforme o art. 3º deste. Já o art. 637 do CPP, que proíbe a atribuição do efeito suspensivo ao recurso extraordinário, está assaz enfraquecido após a revogação dos arts. 632 a 636, todos do CPP, pois constitui o único artigo formalmente vigente que trata sobre recurso extraordinário, afora o art. 638 do CPP, o qual simplesmente se limita a determinar a aplicação do Regimento Interno do STF ao recurso extraordinário.

Nessa linha, sustenta-se a revogação tácita do art. 637 do CPP, pois o NCPC regulamentou integralmente a matéria. Ensina Bobbio que uma norma deixa de ser válida quando uma norma sucessiva regula a mesma matéria. Especificamente, Bobbio ensina que é necessário averiguar se a norma não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, “no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou *tenha regulado a mesma matéria*” (sem grifos no original). (BOBBIO, 2005, p. 47). E, não obstante se entenda que o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*) prevaleça sobre o critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), não há sentido em sustentar-se a vigência do art. 637 do CPP, já que ele, como registrado acima, passou a ser praticamente o único artigo formalmente vigente do CPP que diz algo sobre o recurso extraordinário. Foi nítida a intenção do NCPC de regular por completo os recursos excepcionais.

Inexiste, assim, qualquer proibição *ex lege* de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Presentes, portanto, os requisitos cumulativos “risco de



dano grave, de difícil ou impossível reparação” e “ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”, bastará a concessão de efeito suspensivo ao recurso para impedir a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Há também outras ferramentas céleres e adequadas para o combate à execução provisória eventualmente ilegal da pena. Se o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal negar o efeito suspensivo, na hipótese do art. 1029, § 5º, III, do NCPC, além de caber a interposição de recurso ou a impetração de hábeas-córpus contra essa decisão, o próprio STJ ou STF poderá atribuir o efeito suspensivo mediante a concessão de ofício de hábeas-córpus. Já na hipótese do art. 1029, § 5º, I e II, do NCPC, se o STJ ou o STF não atribuir o efeito suspensivo, cabe a impetração de hábeas-córpus ou a interposição de recurso contra tal decisão.

O hábeas-córpus, ademais, tem vantagens sobre os próprios recursos extraordinário e especial para o fim de questionar eventual ilegalidade na execução provisória, pois, ao contrário deles: a) é julgado de forma célere, independentemente de inclusão em pauta¹⁵; b) havendo prova pré-constituída, não se sujeita à limitação temática dos arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF; c) pode revalorar juridicamente o fato concreto¹⁶, o que descortina o nítido caráter subjetivo e pessoal da impetração; e d) desafia a violação de norma infraconstitucional e, portanto, ofensa reflexa à Constituição, desde que envolva questão de direito (ex.: incidência, no caso concreto, da atenuante da confissão espontânea)¹⁷.

¹⁵ Nesse sentido, conferir os seguintes julgados do STF: RHC 58415, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 11/11/1980, DJ 06/02/1981; HC 87520, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24/10/2006, DJ 16/03/2007.

¹⁶ “A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera revalorização dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 101698, Min. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 18/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595332>>. Acesso em: 14 set. 2016).

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC n. 88862, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383625>>. Acesso em: 14 set. 2016. No mesmo sentido, admitindo o cabimento do hábeas-córpus para questão de direito infraconstitucional, conferir



A título de registro, pondera-se que, a partir da vigência do NCPC, o réu carece de interesse de agir – sob os prismas da adequação e da utilidade – quanto ao ajuizamento de medida cautelar para agregar efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial.

Dessa forma, é certo que o réu dispõe de ferramentas céleres e eficazes para obviar eventual execução provisória da pena privativa de liberdade que seja ilegal. Essa constatação é essencial para a compreensão do motivo por que a execução provisória da pena privativa de liberdade tem cabimento.

4.3 A interpretação constitucional direcionada à realização da segurança pública

Na interpretação de qualquer ato normativo, desde um dispositivo constitucional até um simples artigo de uma resolução, por exemplo, o intérprete confere sentido ao texto escrito. Com efeito, a interpretação do direito não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. (GRAU, 2016, p. 28). Para tanto, o intérprete conta com diversas ferramentas hermenêuticas, as quais a seguir são analisadas.

4.3.1 Inexistência de valor absoluto nos princípios: seu caráter *prima facie*

Em se tratando de princípios, a primeira ferramenta a ser observada consiste no seu caráter *prima facie*. “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.” (ALEXY, 2015, p. 103-104).

estes julgados do STF: HC 83302, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 09/03/2004; HC 77858, Min. Rel. Mauricio Corrêa, Segunda Turma. Julgado em 01/12/1998.



Justamente em função dessa característica, os princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2015, p. 90). Consequência: nenhum princípio tem valor absoluto, já que, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, ele apresenta um grau de satisfação variável. Daí logo se percebe o equívoco hermenêutico do Ministro Celso de Mello ao, no seu voto proferido no HC n. 84.078/MG (basicamente reproduzido no HC n. 126.292/SP), ter afirmado que a presunção de inocência “não se esvazia progressivamente, à medida em que [*sic*] se sucedem os graus de jurisdição”. Prosseguindo no seu voto, o Ministro do STF Celso de Mello pontua que essa circunstância significa que “mesmo que confirmada a condenação penal por Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer, repita-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Com efeito, esse entendimento esposado pelo Ministro erige a presunção de não-culpabilidade em verdadeiro princípio absoluto. Diversamente, no HC n. 126.292/SP, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Barroso e Gilmar Mendes, reconhecendo o caráter de princípio da presunção de não-culpabilidade e a conseqüente variabilidade na sua satisfação, fundamentaram, com acerto, que, à medida que o processo avança e se demonstra a culpabilidade do réu, sua presunção de não-culpabilidade é relativizada. Zavascki foi enfático:

[...] 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.

4.3.2 A interpretação sistemática visa à unidade da Constituição Federal



Em outra linha, o intérprete deve, sempre, valer-se de uma interpretação sistemática da norma. Nenhuma norma deve ser interpretada isoladamente, como se não estivesse inserida num contexto normativo maior que lhe dá sentido e suporte. Afinal, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. (BOBBIO, 1999, p. 19). Tampouco pode haver interpretação que não observe, por exemplo, a segurança enquanto parâmetro de integração e interpretação e objetivo fundamental da República. Portanto, o órgão julgador deve evitar interpretações que considerem apenas uma norma, ignorando a relação dela com as demais, sob pena de esvaziar cabalmente estas de sentido quando confrontadas com aquela.

Exatamente por isso, o ex-Ministro do STF Eros Grau, academicamente, ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. (GRAU, 2006, p. 44).

Logo, o princípio da presunção de não-culpabilidade, como qualquer outro, não pode ser analisado “em tira”, “ao pedaço”, como se não estivesse inserido num contexto o qual, ao lado da proteção do direito individual de cada pessoa, determina que o Estado promova a segurança pública. De fato, o HC n. 84.078/MG e os demais julgados que seguiram a sua linha fizeram uma leitura “em tira” do princípio sob comento quando alçaram a presunção de não-culpabilidade a princípio absoluto, invariável, a despeito do evoluir do processo criminal.

Por outro lado, a interpretação sistemática, logicamente, conduz ao princípio da unidade da Constituição: “a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas”. (MORAES, 2006, p. 15). Assim, se verificada alguma colisão entre princípios previstos pela Constituição, o intérprete deve alcançar uma solução que os compatibilize ao mesmo tempo em que busque a “realização máxima dos valores que se imbricam” (princípio da concordância prática). (ÁVILA, 2004, p. 96). Nessa operação, ademais, a preponderância de um princípio em relação ao outro não pode levar ao esvaziamento completo deste (princípio da proteção no núcleo essencial). De fato, a



“realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”. (ÁVILA, 2004, p. 97).

De logo, já se observa que o enaltecimento da presunção de inocência como um princípio absoluto, a impedir a prisão do sujeito passivo até o trânsito em julgado da sentença condenatória, atinge fatalmente o núcleo essencial da segurança pública, a qual exige a prisão do agente após a demonstração da sua culpa.

4.3.3 A vinculação do Poder Judiciário à realização da segurança pública

Aprofunda-se, agora, a vinculação constitucional do Judiciário à tutela da segurança pública, questão já analisada superficialmente acima.

Discorrendo sobre os direitos fundamentais, Georg Jellinek desenvolveu a teoria dos *status*. Ao lado do *status* passivo, do negativo e do ativo, há o *status* positivo, aquele relacionado ao direito de o indivíduo exigir, em face do Estado, ações estatais. (ALEXY, 2015, p. 254-275).

Com base no *status* positivo acima aludido, é possível exigir do Estado, mais especificamente do Poder Judiciário, o emprego de ações que privilegiem a segurança pública. No processo penal, que é público, há plena legitimidade do Ministério Público para requerer tal proteção do direito fundamental social à segurança. Não se pode olvidar que, no processo penal, o Estado sempre é vítima diante da violação da ordem jurídica, o que implica uma dimensão objetiva desse tipo de processo, ao lado da dimensão subjetiva relacionada à vítima e ao próprio réu. Justamente em razão dessa dimensão objetiva, o juízo deve pautar suas decisões também pela garantia da segurança da sociedade e do próprio Estado de Direito que foi violada pela prática do crime. Nessa linha, em estrita obediência à Constituição Federal, o juízo deve determinar o início provisório do cumprimento da pena privativa de liberdade ao observar que a culpabilidade já foi estabelecida e não comporta mais discussão, circunstância que promove a segurança social.



É claro que a atuação do Poder Judiciário, no tocante à segurança pública, é subsidiária, e não principal. Assim, segundo a visão de Carvalho, o Judiciário tem a função residual de segurança pública quando ela for consequência de uma regular função jurisdicional. “No entanto, essa função residual só se legitima se a decisão for produzida como produto de uma adequada ponderação de bens, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, para proteger bens constitucionais concretamente ameaçados.” (CARVALHO, 2006, p. 223).

Por outro viés, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais abordada por Sarlet justifica restrições aos direitos subjetivos individuais, tais como a presunção de não-culpabilidade, em nome do interesse social. Segundo Sarlet:

[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também e de certa forma, que contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ser preservado o núcleo essencial destes [...]. (SARLET, 2005, p. 17-18).

No Brasil, o Poder Judiciário pode, pelo exercício da jurisdição, limitar direitos fundamentais. Ademais, estes apenas podem ser exercidos de acordo com o interesse comunitário prevalente. Então, se o interesse comunitário consiste na segurança pública, o juízo está vinculado pela Constituição Federal, sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais nela previstos, a privilegiar a segurança pública em relação à presunção de não-culpabilidade do sujeito ativo cuja culpa já foi demonstrada na instância ordinária e que, portanto, não comporta mais discussão. O núcleo essencial da presunção de inocência resta



preservado, pois os demais efeitos da sentença condenatória (arts. 91 e 92 do CP e art. 15 da CF) não serão executados provisoriamente. Repisa-se que se resguarda a ampla defesa do réu para combater eventual ilegalidade na execução provisória da pena mediante a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais e a impetração de hábeas-cópus.

Ainda quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes pontuou, na ADI n. 3510, que

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).¹⁸

Em outra toada, giza-se que a força normativa da Constituição Federal também exige que o Poder Judiciário pautе suas decisões pela realização da segurança. De fato, a Constituição tem uma pretensão de eficácia a qual consiste em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. A Constituição justamente adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. (HESSE, 1991, p. 11-19).

Nessa linha, a Constituição Federal impõe, entre outras, duas tarefas ao Poder Judiciário: proteger a liberdade dos indivíduos com a presunção de não-culpabilidade bem como realizar a segurança pública. Nesse caso, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”. (HESSE, 1991, p. 22). Observada a colisão já identificada entre a presunção de inocência e a segurança,

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n°. 3510. Min. Rel. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 30 out. 2016.



tendo-se em conta o caráter variável de realização desses princípios, a ótima concretização destes depende das condições fático-jurídicas existentes no momento da operação. Ao sopesar tais condições, como obtemperado pelo Ministro Luiz Fux, no seu voto proferido no HC 126.292/SP, a força normativa da Constituição está em que a presunção de inocência “cessa [leia-se: relativiza-se] a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máximo em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.

Assim, a “vontade de Constituição” (HESSE, 1991) demanda do Poder Judiciário a execução da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos apenas no efeito devolutivo.

No mais, o dever de proteção apresentado pelos direitos fundamentais, como será visto em seguida, também vincula o Poder Judiciário à realização da segurança.

4.4 O enaltecimento conferido pela proporcionalidade, como proibição contra a proteção insuficiente, à segurança pública na execução provisória da pena

A proporcionalidade consiste em ferramenta pela qual se faz a ponderação entre princípios que colidem entre si. Sua natureza jurídica é de postulado normativo, ou seja, uma “metanorma”. Postulados são, para Ávila, “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. (ÁVILA, 2004, p. 90). Vale dizer, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

A proporcionalidade, teoria decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2005, p. 3), pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Übermassverbot*), de cunho negativo, ou seja, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva ou desarrazoada sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da



proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2004, p. 90).

No entanto, cada vez mais ganha importância a utilização da proporcionalidade como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência. (SILVA, 2002, p. 41). Assim, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros. (SARLET, 2005, p. 3). Conforme Maria Streck, a proibição de proteção deficiente permite ao jurista verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental, pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados. (STRECK, 2009, p. 101).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção (“se” existe o dever de proteção) –, analisa-se se há um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência (“como” se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade. Tais medidas, tendo em vista o seu cunho regulamentador, não são de competência da Constituição, mas da legislação ordinária. É exatamente nesse ponto que sucede, novamente, a vinculação do próprio Poder Judiciário à proibição de insuficiência: a interpretação e a integração do direito, visto este como a



legislação, são tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, as quais são essenciais para a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Se o juiz não cumprir a sua tarefa, “se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”. (CANARIS, 2012, p. 124).

Nessa mesma linha, Escalante ensina que

Os poderes públicos, em geral, têm um dever de proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Tal dever de proteção exige a atuação positiva daqueles. Tratando-se de órgãos jurisdicionais e órgãos administrativos, dita função compreenda todas aquelas atuações positivas que a Constituição ou as leis atribuem para a proteção dos direitos fundamentais, tanto frente a atos do próprio Estado como aos provenientes de particulares. Em consequência, se um órgão jurisdicional ou administrativo omite o cumprimento da atuação positiva destinada à proteção dos direitos fundamentais da pessoa frente a ato do próprio Estado ou de particulares, ele haverá incorrido na omissão do seu dever de proteção dos direitos fundamentais e, em consequência, os haverá afetado. Como se percebe, a lesão de direitos fundamentais do órgão jurisdicional ou administrativo tem lugar aqui, não como consequência de uma ação, senão da omissão de uma atuação positiva. (tradução nossa)¹⁹

A essa quadra, afigura-se essencial compreender, no Brasil, que o dever de garantir a segurança está positivado na Constituição (primeiro nível – imperativo de tutela). Ademais, o legislador ordinário brasileiro desincumbiu-se do seu dever de proteção, visto no segundo nível (proibição de insuficiência), ao aprovar legislação que confere a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Explica-se: a possibilidade de atribuição desse efeito significa que, nos casos em que ele não for deferido, a execução provisória da pena privativa de liberdade é devida e justificada para os fins de garantia da segurança pública. Essa foi a escolha feita validamente pelo legislador ordinário.

¹⁹ ESCALANTE, Mijail Mendoza. *Tribunal constitucional y control material de resoluciones judiciales*. Disponível em: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.



Em seguimento, é a vez de o Poder Judiciário, mediante a interpretação e a integração do direito posto, desincumbir-se da sua tarefa para realizar o imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, ele se utiliza da proporcionalidade.

Um estudo completo sobre a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em relação à proibição de insuficiência foi apresentado por Pulido. Após a analisar a adequação – se a restrição a um direito fundamental promove ou não a finalidade – e a necessidade – qual, entre todas as medidas, é a menos restritiva –, ele conclui quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

Uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...] Está proibido que a intensidade em que não se garanta um direito de proteção seja intensa e que a magnitude da não intervenção na liberdade ou em outro direito de defesa seja leve ou média, ou que a intensidade da não proteção seja média e a não intervenção seja leve. (PULIDO, 2013, p. 134)

A análise a ser realizada deve considerar a seguinte colisão: de um lado, o valor liberdade representado pela presunção de inocência, a qual, constituindo princípio, comporta gradação segundo as condições fático-jurídicas; de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, em tempo razoável, do sujeito cuja culpabilidade já foi reconhecida. Como harmonizar os valores envolvidos nessa colisão?

No caso sob análise, é fundamental compreender que a culpabilidade não mais comporta discussão, estando definitivamente assentada. Repisa-se que eventual absolvição ou extinção da punibilidade, nessa fase processual, não decorrerá da negação da culpa. Dessa forma, a presunção de culpabilidade deve sofrer uma variação na sua aplicação, justamente porque depende das condições fático-jurídicas então existentes. E a condição fático-jurídica da impossibilidade de discussão da culpa permite a relativização desse princípio, desde que o



seu núcleo seja preservado. É exatamente isto o que ocorre com a execução provisória da pena mediante a denegação do efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial: o réu continua sendo tratado como inocente, pois nenhum dos efeitos da sentença penal condenatória lhe é aplicado, à exceção da pena privativa de liberdade, providência que se justifica para fins da segurança pública vista como ordem pública. (PULIDO, 2013, p. 134).

Pela proporcionalidade sob o viés acima apresentado por Pulido, a execução provisória da pena privativa de liberdade é medida proporcional, ao contrário do enaltecimento absoluto da presunção de não-culpabilidade de forma a exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória. Confira-se: caso se exija o trânsito em julgado para fins da execução provisória em relação ao réu cuja culpa já foi demonstrada definitivamente e não comporta mais discussão, o grau de realização da não-intervenção estatal na liberdade do réu é inferior ao grau de realização da segurança pública, para a qual é necessário o desfecho célere e eficaz do processo penal.

Tal interpretação, outrossim, observa a concordância prática e realiza de forma máxima os princípios então tensionados, consideradas as circunstâncias fático-jurídicas: culpa não mais sujeita à discussão e segurança que exige o julgamento célere e o cumprimento da pena.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que a execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinário e/ou especial recebidos sem efeito suspensivo resulta da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico conduz a essa harmonização. O princípio da presunção de inocência não pode ser interpretado isoladamente, ou seja, “em tira”; ele deve ser relacionado às demais normas de forma a conferir unidade à Constituição. Nessa linha, leva-se em conta o caráter *prima facie* inerente a qualquer princípio, o qual: a)



permite a gradação na sua aplicação segundo as condições fático-jurídicas então existentes; e b) evidencia a inexistência de princípio com valor absoluto. Impende observar, outrossim, a vinculação constitucional, em razão da dimensão objetiva e do interesse comunitário dos direitos fundamentais, do Poder Judiciário à realização/promoção da segurança. Nesse quadro, a proporcionalidade vista como proibição de insuficiência privilegia a segurança pública, na fase da execução provisória da pena privativa de liberdade, pois a impossibilidade de discussão adicional a respeito da culpa decorrente do trânsito em julgado desse capítulo da sentença (condição fático-jurídica que deve ser valorada pelo caráter *prima facie*) justifica a relativização da presunção de não-culpabilidade de modo a, atendendo ao reclamo da segurança pública, permitir o cumprimento provisório da pena. Restra preservado o núcleo essencial da presunção de inocência (demais efeitos da sentença condenatória não são adiantados), tudo com a finalidade da realização do valor perseguido pela segurança pública. Nessa operação, há concordância prática entre os princípios tensionados, cujos objetivos são cumpridos da maneira mais ampla possível, segundo as condições fático-jurídicas então existentes. Ainda, frisa-se que a preservação do núcleo essencial do princípio da presunção de inocência – não-adiantamento dos demais efeitos da condenação – evidencia o respeito a ela pela execução provisória.

Por outro lado, a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade representa uma contradição à lógica processual penal, como percebido pelos Ministros do STF Menezes de Direito, no seu voto exarado no HC n. 84.078-7/MG, e Sydney Sanchez, no seu voto no HC n. 72366/SP, e pelo Procurador-Geral da República, no Recurso Extraordinário n. 133489/SP. Soa incoerente admitir a prisão cautelar antes mesmo da sentença condenatória, com base em uma cognição sumária e limitada, mas não admitir a prisão para fins da execução provisória da pena na pendência de recurso extraordinário e/ou especial, momento em que cognição probatória quanto à culpabilidade já foi realizada de forma plena e exauriente. Logo, se se admitem as



prisões em flagrante e a preventiva, com mais razão deve ser admitida a prisão com base na condenação decorrente do segundo grau de jurisdição.

Dessa forma, constata-se que a execução provisória da pena, além de justificada, é imposta pela Constituição Federal, principalmente porque deve ser garantida a segurança da sociedade mediante o cumprimento provisório da pena por parte do réu, cuja presunção de inocência é naturalmente relativizada após o encerramento das instâncias ordinárias. Aliás, por decorrer da própria Constituição, respeitando o art. 5º, LXI, desta (exigência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária), e por ter amparo na prisão preventiva (art. 311 do CPP), a execução provisória da pena não teve o seu cabimento afetado pela revogação dos arts. 393, I, e 594, ambos do CPP.

Por fim, frisa-se que o presente raciocínio quanto à execução provisória da pena privativa de liberdade tem aplicação, *mutatis mutandis*, a duas outras áreas, as quais, todavia, em razão dos limites deste trabalho, não podem ser aqui aprofundadas. Alude-se à execução das penas restritivas de direitos, desde que se observe a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição do art. 147 da Lei n. 7.210/84. Aliás, o STF já decidiu nesse sentido, como se observa nos julgados HC n. 83978/RS²⁰ e HC n. 84336/RS²¹.

Igualmente, a execução provisória da pena privativa de liberdade tem cabimento nas sentenças condenatórias do tribunal do júri. Fundamentalmente, à exceção da apelação fundamentada no art. 593, III, *d*, do CPP (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, aquela decisão que não se ampara em nenhuma vertente probatória dos autos), a culpa não pode mais ser discutida. Diante dessa difícil possibilidade de revisão da decisão dos jurados, considerando-se também a legitimidade democrática desse tipo de decisão, circunstância que justifica a previsão constitucional da soberania dos

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83978/RS. Min. Rel. Carlos Veloso. Julgado em 13/04/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384858>>. Acesso em: 10 out. 2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84336/RS. Min. Rel. Ellen Gracie. Julgado em 14/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79552>>. Acesso em: 10 out. 2016.



veredictos (art. 5º., XXXVIII, c, da CF), o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade imposta pelo juiz presidente afigura-se devido. Todavia, repisa-se, esses dois tópicos constituem para outro trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Constituição, Política & Retórica*. Brasília: Uniceub, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BALTAZAR JR., José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 187.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 3. ed. 2005.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 10. ed., 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68726/DF. Min. Rel. Néri da Silveira. Julgado em 28/06/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078/MG. Min. Rel. Eros Grau. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 14 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292/SP, Min. Rel. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016.



BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2012.

CARVALHO, Luis G. G. Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

ESCALANTE, Mijail Mendoza. *Tribunal constitucional y control material de resoluciones judiciales*. Disponível em:
<<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, p. 229-268, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, ano V, n. 25, jan-fev 2006. p. 07-30.

_____. Garantismo pena integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações da compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index/htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 04 ago. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais Lei 9.099/95*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



_____. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e poder*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PUIG, Santiago Mir. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: Iustel, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.



_____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitui%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 97, março de 2005. p.171-202.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.