

JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA PENDÊNCIA DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL RECEBIDOS SEM EFEITO SUSPENSIVO

*THE CONSTITUTIONAL JUSTIFICATION OF THE PROVI-
SIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE OF IMPRIS-
ONMENT PENDING EXTRAORDINARY AND SPECIAL
RECOURSES RECEIVED WITHOUT SUSPENSIVE EFFECT*

Rafael Schwez Kurkowski¹
UNICEUB

Antonio Sergio Cordeiro Piedade²
UFMT

RESUMO

¹ Rafael Schwez Kurkowski é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Rio Grande do Sul, especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo – FAPIDE e mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Integra o grupo de pesquisa Tutela penal difusa no contexto das novas formas de criminalidade, da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. É membro do Ministério Público do Estado de Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>. E-mail: rafadir2000@yahoo.com.br.

² Antonio Sergio Cordeiro Piedade é Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso- UFMT. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso- UFMT. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Líder do grupo de pesquisa Tutela penal difusa no contexto das novas formas de criminalidade, da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Coordenador do Núcleo de Ações de Competência Originária- NACO do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.

O presente artigo argumenta que a execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recurso extraordinário e/ou especial recebido sem efeito suspensivo tem justificação na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática deve primar pela sua unidade. A execução provisória respeita os direitos fundamentais do réu, tais como duplo grau de jurisdição, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e presunção de não-culpabilidade. Ela resulta da harmonização obtida pela proporcionalidade, vista como proibição de insuficiência, entre a presunção de inocência do réu, cuja culpabilidade não mais comporta discussão, e a segurança pública, a qual deve ser buscada pelo Estado, incluindo o Poder Judiciário. A revisão bibliográfica e a análise documental, especialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revelam que a execução provisória da pena é plenamente compatível com a Constituição Federal.

Palavras-chave

Execução Provisória da Pena. Interpretação constitucional. Proporcionalidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present article argues that the provisional execution of the sentence of imprisonment pending extraordinary and/or special recourse received without suspensive effect is justified in the Constitution, whose systematic interpretation should strive for its unity. Provisional execution respects the defendant's fundamental rights such as double degree of jurisdiction, wide defense, adversarial principle, due process of law and presumption of innocence. It results from the harmonization achieved by proportionality, seen as prohibition of insufficiency, between the defendant's presumption of innocence, whose guilt no longer holds discussion, and the public security, which must be pursued by the state, including the Judiciary. The bibliographic review and the documental analyses, specially the jurisprudence of the Supreme Court, reveals that the provisional execution of the sentence is fully compatible with the Constitution.

Keywords

Provisional execution of the sentence of imprisonment. Constitutional interpretation. Proportionality. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Na vigência da atual Constituição Federal, a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o encerramento das instâncias ordinárias, momento em que se esgota a análise dos fatos, 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, a preocupação com a segurança pública já transparecia, nas palavras do relator, para quem 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 fundamentou que o “caso julgado”, o qual ocorreria após o julgamento de todos os recursos ordinários, permitiria a execução provisória da pena por respeitar os direitos fundamentais do réu e por ter em vista a consolidação do juízo condenatório. Por essa razão, a propósito, 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.

Esse entendimento em favor da execução provisória manteve-se nos próximos anos: HC n. 68521/SP e no Recurso Extraordinário n. 133489/SP, ambos da relatoria do Ministro Paulo Brossard, em 1991; HC n. 69263/SP, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 1992; HC n. 72366/SP, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 1995; HC n. 74983/RS, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, em 1997; HC n. 79814/SP, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, em 2000. Tamanha era a uniformidade desse raciocínio que foram editados, em 2003, os verbetes ns. 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 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. 106463/PR (2011), HC n. 119759/SP (2013) e HC n. 107710/SC (2015).

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”. Essa decisão do

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, 2005, p. 115-116.)

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. Observado que o acórdão não foi publicado até a data de fechamento deste artigo, notícia veiculada no *site* do STF informou que a maioria dos Ministros considerou que 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. Essa questão passa pela análise da compatibilidade da execução provisória com os 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),

⁴ Confirmam-se os seguintes julgados alinhados ao HC n. 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.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 10 out. 2016.

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 contra as decisões daí decorrentes.

Com apoio na revisão bibliográfica sobre direitos fundamentais, princípios e processo penal, o presente artigo demonstrará que a execução provisória da pena após o encerramento das instâncias ordinárias respeita os direitos fundamentais do réu, notadamente: a) o duplo grau de jurisdição, pois o processo é julgado por um órgão colegiado; b) a ampla defesa, visto que a defesa técnica persiste atuando após a sentença condenatória; c) o contraditório, porquanto a bilateralidade do ato processual permanece garantida ao réu mesmo após a sua prisão; e d) o devido processo legal, atinente à proporcionalidade da restrição ao direito de liberdade.

Por outro lado, na execução provisória da pena privativa de liberdade, verifica-se a colisão do princípio da presunção de não-culpabilidade⁶, que traduz regra disciplinadora do ônus da prova, com a 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

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, 2006, p. 53; NICOLLIT, 2014, p. 150). Registra-se, contudo, a existência de doutrina que estabelece diferenciação a respeito. Por todos, vide Rangel. (RANGEL, 2010, p. 25).

três Poderes, entre os quais figura o Judiciário. Aliás, 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, sustentar-se-á 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.

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, embora 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 COMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na condição de *hard case*⁷, a execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinário e especial aos quais não foi atribuído efeito suspensivo envolve o estudo de princípios constitucionais.

No HC n. 84.078-7/MG bem como em determinada doutrina⁸, sustenta-se que a execução provisória da pena viola os seguintes princípios: duplo grau de jurisdição, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e presunção de inocência.

Analisa-se, doravante, a influência da execução provisória da pena sobre tais princípios, os quais constituem verdadeiros direitos fundamentais⁹, com a peculiaridade logo abaixo tecida quanto ao duplo grau de jurisdição. A análise será dividida em duas seções: na primeira, serão estudados os princípios fundamentais que se relacionam intimamente com o processo judicial e o *status libertatis*; na segunda, será perquirida a segurança pública, em todas as suas feições.

⁷ A expressão *hard case* “identifica as situações para as quais não há formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

⁸ É a posição de Pacelli, por exemplo. (OLIVEIRA; FISCHER, 2012, p. 552).

⁹ Observando o seu caráter *prima facie*, que será estudado mais abaixo, PULIDO afirma que os “direitos fundamentais são o exemplo mais claro de princípios que temos no ordenamento jurídico” (PULIDO, 2013, p. 93).

2.1 O respeito pela execução provisória da pena a direitos fundamentais relacionados ao processo criminal

2.1.1 Duplo grau de jurisdição: exigência de julgamento por órgão colegiado

Ensina-se que o duplo grau de jurisdição assegura a revisão da matéria fática, além da de direito, por um órgão hierarquicamente superior ao prolator da decisão. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 23). Todavia, o STF entende que tal princípio não é absoluto, comportando exceções, dadas as hipóteses de ações penais originárias, nas quais sucede o julgamento em única instância¹⁰. São as hipóteses previstas no art. 102, I, *b* e *c*, da CF. Assim, “há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais”. (MORAES, 2006, p. 73). Isso ocorre porque esses recursos não examinam a matéria de fato que subjaz a demanda.

De toda sorte, o duplo grau de jurisdição foi adequadamente analisado por Douglas Fischer, no sentido de que o princípio em tela apenas assegura um julgamento por órgão colegiado, seja originariamente, seja em grau recursal. O objetivo reveste-se de caráter político e, nas palavras de Fischer, consiste em evitar os riscos de injustiças decorrentes de decisão exarada por um juízo monocrático, que, justamente por decidir sozinho, estaria sujeito a uma probabilidade maior de cometimento de erros. (FISCHER, 2009, p. 16).

¹⁰ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 79785, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000. Disponível em: <79785>. Acesso em: 14 set. 2016.; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 601832 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584974>>. Acesso em: 14 set. 2016.

Essa conceituação permite entrever o duplo grau de jurisdição mesmo nas ações penais que envolvem prerrogativa de foro no STF, já que, apesar da instância única, o julgamento é realizado por um órgão colegiado. Ademais, ela explica a restrição recursal na apelação interposta em sede de júri, a qual tem intensa limitação quanto aos fatos, já que, neste caso, apenas pode versar sobre um veredicto *manifestamente* contrário à prova dos autos (art. 593, III, *d*, do CPP), além de não admitir a interposição de nova apelação pelo mesmo fundamento, seja pela acusação, seja pela defesa (art. 593, § 3º, do CPP). Assim, se não suceder decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos, a decisão quanto ao *fato* (reforça-se que a culpabilidade constitui matéria de fato), a despeito de haver sido tomada por um órgão judiciário de primeiro grau – mas colegiado –, é irrevisável. A presente exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição passou despercebida pela doutrina e é satisfatoriamente explicada pelo conceito do princípio sob estudo, o qual se conforma por um julgamento por órgão colegiado.

Frisa-se que a interposição de recurso extraordinário e/ou especial evidencia que um órgão colegiado já apreciou – e esgotou – o *fato* sob seu julgamento, o que demonstra a inexistência de ofensa ao princípio em questão pela execução provisória.

2.1.2 Ampla defesa: a defesa técnica persiste atuando após a sentença condenatória

A ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) é assegurada mediante o exercício da autodefesa, que é renunciável, e da defesa técnica, a qual é irrenunciável. Aquela tem lugar, por excelência, no primeiro grau de jurisdição (ou no grau originário), pois é exercida mediante o direito de presença – acompanhamento de toda a instrução probatória – e o direito de audiência – direito de ser ouvido pelo julgador, o que ocorre no interrogatório. A defesa técnica, por sua vez, é garantida mediante o patrocínio por advogado, a qual se justifica na presunção de hipossuficiência jurídica do sujeito passivo para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. (LOPES JR., 2012, p. 243). A defesa técnica tem

lugar durante todo o processo de conhecimento, avançando inclusive para o de execução, dada a imprescindibilidade da presença do advogado para a prática de qualquer ato de que possa resultar prejuízo ao réu.

Por conseguinte, considerando que o réu mantém a sua (ampla) defesa garantida por advogado na hipótese de interposição de recurso(s) excepcional(is), a execução provisória não implica nenhuma ofensa ao princípio da ampla defesa.

2.1.3 Contraditório: bilateralidade do ato processual permanece garantida ao réu

O contraditório representa a bilateralidade do ato processual. Assegurando-se condições de igualdade à acusação e à defesa, o processo judicial confere iguais chances a eles para permitir “a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado”. (OLIVEIRA, 2009, p. 38). Para tanto, as partes devem ser informadas acerca dos atos processuais.

Sob a óptica da defesa, esta é intimada previamente sobre a decisão que encerra a instância ordinária (hipóteses mais comuns: apelação ou embargos infringentes e/ou de nulidade). Logo, se houver a ordem de prisão, abrem-se à defesa, em razão da sua intimação prévia, ferramentas para combater o mandado de prisão ilegal, quais sejam: agregação do efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial e impetração de hábeas-cópus.

Tendo em vista, dessa forma, a informação prévia sobre a ordem de prisão, mediante a intimação da defesa técnica, e a existência de ferramentas hábeis e céleres para combatê-la, não se divisa qualquer mácula ao princípio do contraditório provocada pela execução provisória da pena.

2.1.4 Devido processo legal: proporcionalidade da restrição ao direito de liberdade

O devido processo legal “processual” implica a observância de um procedimento previamente estabelecido em lei para que o processo judicial chegue ao seu termo.

Já pelo devido processo legal “substantivo”, o STF tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os atos normativos submetidos ao seu crivo. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica poderá ter sindicada a sua validade constitucional se acusada de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (ou do devido processo legal substantivo). (AVLES JR., 2014, p. 114).

Logo, além de o procedimento estar simplesmente previsto em lei, é necessário que ele atenda aos ditames da proporcionalidade.

De outra banda, o ex-Ministro do STF Cesar Peluso, no seu voto no julgamento do HC n. 84078-7/MG, contrário à execução provisória da pena, registrou que o devido processo legal, na acepção norte-americana do *due process of law*, compreenderia um apelo para os ideais de justiça. Em seguida, na sua visão, um processo que permitisse a execução provisória da pena, sem juízo definitivo de condenação e sem reconhecimento definitivo de culpa, poderia ser um processo legal, mas não justo, e, por isso mesmo, não seria um processo que atendesse ao princípio constitucional em comento¹¹. Ocorre que, com a vênua do ex-Ministro, se já se pode falar em reconhecimento definitivo da culpabilidade, após a preclusão da matéria fática – e a culpabilidade diz respeito a fato, não à lei em tese – havida com o encerramento da instância ordinária, é necessário analisar se a execução provisória da pena, justificada pela segurança, é *justa*. Adianta-se que ela o é, conforme análise que será realizada mais abaixo.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 84078, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Voto do Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 14 set. 2016.

2.1.5 Presunção de não-culpabilidade: princípio relacionado ao ônus da prova de que já se desincumbiu o Ministério Público

Positivada no art. 5º, LVII, da CF, a famigerada presunção de não-culpabilidade ou de inocência 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. Segundo Nucci: “O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”. (NUCCI, 2006, p. 53).

Ferrajoli, 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).

Da presunção sob exame, origina-se o *nemo tenetur se detegere*, pois o agente, de fato, não tem qualquer obrigação ou dever de colaborar na investigação do fato. Trata-se, ainda, de típico direito fundamental de primeira geração, de feição negativa e ligado à liberdade, impondo abstenção do 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. 7.960/1989) e a preventiva (art. 311 do CPP) restariam inviabilizadas.

Todavia, demonstrar-se-á, mais adiante, que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, preferível em relação à interpretação meramente gramatical, revela esse equívoco e conduz à conclusão diversa.

2.2 Segurança pública: instituto a ser observado em todo o processo criminal

A segurança constitui direito fundamental individual (art. 5º, *caput*, da CF). Entendida como direito de primeira geração – cunho negativo –, ela exige do Estado uma abstenção para não turbar a liberdade de cada indivíduo. Por tal razão, exemplificativamente, é defeso ao juízo criminal conceder uma medida cautelar se inexistir o *fumus comissi delicti* (art. 312, *in fine*, do CPP).

Além disso, a segurança pública consiste em direito fundamental coletivo (art. 6º, *caput*, da CF). Como direito de segunda geração – 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 garantia da 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 essa altura, 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.

Lado outro, a segurança, estando prevista no preâmbulo da Constituição Federal, deve ser vista como elemento de interpretação e de integração. 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). Em consequência, toda e qualquer interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a presunção de não-culpabilidade, deve observar a segurança.

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 resguardar as violações mais graves aos direitos fundamentais. Destacam-se aqui os mandados constitucionais de criminalização¹², 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 bem como o tratamento mais severo para crimes considerados hediondos e afins. 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. 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 fundamentais¹³. Como é o

¹² “Mandados expressos de criminalização são disposições constitucionais que impõem a criminalização de certas ações. Não por acaso, 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.” (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015, p. 494).

¹³ É o que observa PULIDO aos descrever os direitos fundamentais na sua faceta de “direitos de proteção”: “[...] a lei penal aparece como medida que 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, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do 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 legislação constitucional aplicável ao caso.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: PRODUTO DA HARMONIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A SEGURANÇA PÚBLICA

Segundo Scarance Fernandes, a harmonização entre a presunção de inocência e 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).

Estado adota para proteger os direitos fundamentais e os demais bens constitucionais.” (PULIDO, 2013, p. 111).

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).

Na mesma senda, segue Cordeiro Piedade, para quem o Direito Penal deve evitar excessos, por estar vinculado a princípios constitucionais que limitam sua incidência, mas, concomitantemente, deve tutelar bens jurídicos com densidade social e reafirmar a sua autoridade, de onde surge o imperativo de proteção, com a necessidade de uma resposta penal e adequada. (PIEIDADE, 2013, p. 90).

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

3.1 Definição da culpa é anterior ao julgamento dos recursos excepcionais

Na seara criminal, os recursos excepcionais têm restritas hipóteses de cabimento, pois desafiam apenas a legislação, conforme os arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF. Em consequência, porque não é permitida a discussão sobre fatos, é vedada a discussão sobre a culpabilidade do âmbito desses dois recursos. Esta é a posição consolidada no âmbito do STF, exposta no Agravo de Instrumento n. 601.833¹⁴.

¹⁴ “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. 601833 AgR, Relator: 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.)

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/SP¹⁵ e ARE n. 938.544/PE¹⁶).

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 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 da função institucional 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 art. 1035, § 1º, do CPC, 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”. Exatamente por isso, o Ministro Edson Fachin afirmou que o STF e o STJ não

¹⁵ “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. 969273 AgR, Relator: Min. 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.)

¹⁶ “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. 938544 ED-AgR, Relator: Min. 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.)

foram concebidos, na estrutura recursal prevista nos arts. 102 e 105 da CF, parar revisar “injustiças do caso concreto”¹⁷.

Por conseguinte, como a tese sustentada no recurso extraordinário deve, necessariamente, ultrapassar os interesses subjetivos do processo – 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 inadmitem 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 apenas questões constitucionais e federais, ocorre a formação da coisa julgada quanto ao capítulo atinente à culpabilidade do réu¹⁸. Estaria autorizada, assim, a execução provisória da pena privativa de liberdade.

De fato, a culpabilidade já foi determinada de forma definitiva. 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

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 126292, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 126292, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016.

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.

3.2 Existência de meios para combater eventual ilegalidade na execução provisória

A previsão da existência de meios adequados para enfrentar eventual ilegalidade na execução provisória da pena contribui para a aceitação desta como providência natural no evolover do processo criminal no qual a culpa do réu já está evidenciada.

O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, influiu significativamente 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. Aliás, 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 novo NCPC passou a discipliná-los integralmente (Seção II do Capítulo VI do Título II – arts. 1029 a 1041). No art. 1029, § 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.

Nesse ponto, impende observar que o NCPC, o qual regulamenta exhaustivamente os recursos em questão, tem aplicação analógica em relação ao processo penal, conforme o art. 3º do CPP. Por sua vez, 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, ambos do CPP, pois constitui o único artigo que trata sobre recurso extraordinário, afora o art. 638 do CPP, que simplesmente se limita a determinar a aplicação do Regimento Interno do STF ao recurso extraordinário. Por consequência, 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 matéria¹⁹. E, mesmo que se entenda que o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*) prevalece 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 do CPP que diz algo sobre o recurso extraordinário. Foi nítida a intenção do NCPC de regular por completo os recursos excepcionais.

Inexiste qualquer proibição *ex lege* de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Na presença, portanto, dos 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.

Existem outras ferramentas céleres e adequadas para o combate à execução provisória da pena eventualmente ilegal. Se o

¹⁹ Quanto ao estudo da norma, Bobbio ensina que é necessário “averiguar se 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” (BOBBIO, 2005, p. 47).

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 denegar 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 pauta²⁰; 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 concreto²¹, o que evidencia o nítido caráter subjetivo e pessoal da impetração; e d) desafia a violação de norma infraconstitucional e, portanto, a ofensa reflexa à

²⁰ Nesse sentido, conferir: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 58415, Relator Min. Moreira Alves, J. em 11/11/1980, DJ 06-02-1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97866>>. Acesso em: 10 out 2016; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 87520, Relator Min. Ricardo Lewandowski, J. em 24/10/2006, DJ 16-03-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409776>>. Acesso em: 10 out 2016; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 7.198/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, J. em 24/03/1998, DJ 20/04/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800023992&dt_publicacao=20/04/1998>. Acesso em: 10 out 2016.

²¹ “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 reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC °. 101698, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J. em 18/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595332>>. Acesso em: 14 set. 2016).

Constituição, desde que envolva questão de direito (ex.: incidência, no caso concreto, da atenuante da confissão espontânea)²².

A título de registro, pondera-se que, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, 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.

3.3 A interpretação constitucional direcionada à realização da segurança pública

A interpretação das normas da Constituição Federal é um processo de “construção” porque as suas normas são abertas, contando com termos vagos e cláusulas gerais. (BARROSO, 2015, p. 305).

Na interpretação de qualquer ato normativo, o intérprete atribui sentido ao texto escrito. Com efeito, a interpretação do direito não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; a

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus n. 88862, Relator: Min. 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-cópus para questão de direito infraconstitucional, conferir: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 83302, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79316>>. Acesso em: 14 set. 2016; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 77858, Relator: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 01/12/1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77600>>. Acesso em: 14 set. 2016.

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.

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

A primeira ferramenta a ser observada consiste no caráter *prima facie* dos princípios: “[p]rincípios 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). É em função dessa característica que 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, com o devido respeito, o equívoco hermenêutico do Ministro Celso de Mello ao, no seu voto proferido no HC n. 84.078-7/MG (reproduzido no seu voto vencido 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, “[i]sso 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”²³. Com

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Voto do Ministro Eros Roberto Grau. Disponível em:

efeito, esse entendimento esposado pelo Ministro erige a presunção de não-culpabilidade em verdadeiro princípio absoluto. Em sentido oposto, no HC n. 129.292/SP, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Barroso e Gilmar Mendes, reconhecendo a característica de princípio da presunção de não-culpabilidade e a consequente variabilidade na sua satisfação, fundamentaram que, à medida que o processo avança e se demonstra a culpabilidade do réu, sua presunção de não-culpabilidade é relativizada²⁴. 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.

3.3.2 A interpretação sistemática visa à unidade da Constituição Federal

A interpretação literal é o processo hermenêutico mais pobre de todos, pois “conduz a um formalismo retrógrado; não tem a menor consideração pela desigualdade das relações da vida, à qual deve o exegeta adaptar o sentido da norma positiva”. (MAXIMILIANO, 2011, p. 98). Nessa linha, Barroso observa que,

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 14.09.16.

²⁴ O Ministro Teori Zavascki foi enfático na seguinte passagem: “(...) 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”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 126292, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Voto do Ministro Teori Zavascki. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016.)

como regra geral, a atitude do intérprete jamais poderá ser a mera abordagem conceitual ou semântica do texto; ao revés, cabe-lhe perquirir o espírito da norma e as perspectivas de sentido oferecidas pela combinação com outros elementos de interpretação. (BARROSO, 2015. p. 326).

Por isso, o intérprete deve preferir 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 estas de sentido quando confrontadas com aquela.

Nessa linha, 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). Isso porque, segundo lição clássica de Maximiliano, “a verdade resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida” (MAXIMILIANO, 2011, p. 106).

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. 84.078-7/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 evolover 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). Caso verificada 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”. (ÁVILA, 2004, p. 96). Nessa operação, ainda, 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).

Já se observa, então, que a categorização 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. Em consequência, vedar a execução provisória viola a interpretação sistemática, pois, ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado, num sistema processual marcado pela lentidão, deixa-se de realizar os fins da República previstos no art. 3º, I e IV, da CF.

3.3.3 A vinculação do Poder Judiciário à realização da segurança pública

Aprofunda-se, agora, a vinculação constitucional do Judiciário à realização e à garantia da segurança pública, tópico já analisado superficialmente no item 2.2 acima.

Georg Jellinek desenvolveu a teoria dos *status* em relação aos direitos fundamentais. Ao lado do *status* passivo, do negativo e do ativo, há o *status* positivo, que se relaciona ao direito de o indivíduo exigir, em face do Estado, ações estatais. (ALEXY, 2015, p. 154-275).

Com amparo nesse *status* positivo, afigura-se 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 ostenta a condição de sujeito passivo frente à 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. Em atenção a 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. Para tanto, o juízo deve, em obediência à Constituição Federal, determinar o início provisório do cumprimento da pena privativa de liberdade ao observar que a culpabilidade já foi estabelecida e não comporta mais discussão, porquanto, além de os recursos extraordinário e especial discutirem apenas legislação abstrata, a ampla defesa ao réu continua garantida, visto que este dispõe de meios eficazes para combater eventual execução provisória ilegal da pena.

É claro que a atuação do Poder Judiciário, no tocante à segurança pública, é subsidiária, e não principal. Segundo a visão de Carvalho, o Judiciário tem a função residual de segurança pública quando ela for consequência de uma regular função jurisdicional: “[n]o 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).

Sob outro prisma, 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, é cediço que o Poder Judiciário pode, pelo exercício da jurisdição, limitar direitos fundamentais, sempre com base em algum motivo de ordem constitucional. 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 culpabilidade já foi demonstrada nas instâncias ordinárias 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, como dito acima, 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-córpus.

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*).²⁵

Em outra toada, destaca-se que a força normativa da Constituição Federal igualmente exige que o Poder Judiciário paute suas decisões pela realização da segurança. Com efeito, a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente 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. E 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).

Dessa forma, a Constituição Federal impõe, entre outras, duas tarefas ao Poder Judiciário: proteger a liberdade dos indivíduos mediante 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 não-culpabilidade e a segurança, tendo-se em conta o caráter variável de realização desses princípios, a ótima concretização deles depende das condições fáticas e jurídicas existentes ao momento da operação. Ao sopesar tais condições, como obtemperado pelo Ministro Luiz Fux, o desenvolvimento da 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

²⁵ 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.

de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”²⁶.

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, como será vista na sequência, o dever de proteção inerente aos direitos fundamentais também vincula o Poder Judiciário à realização da segurança.

3.4 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 se colidem. Ela é verdadeiro postulado normativo, ou seja, uma “metanorma”. Postulados são, para Ávila (2004, p. 90), “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”, ou seja, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

A proporcionalidade, instituto decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado de Direito Democrático (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. Almeja-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva, desarrazoada, sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292/SP. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016.

o fim?); necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?); 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 se enfatiza a importância da proporcionalidade enquanto 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).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris (2012), 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 existe 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 aqui que desponta, 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 protecção, 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) (ESCALANTE, p. 10).

No Brasil, o dever de garantir a segurança está positivado na Constituição (primeiro nível – imperativo de tutela). Já o legislador ordinário brasileiro se desincumbiu 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 pelo legislador ordinário.

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 da 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 restritivas –, 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, o magistrado observará que foram respeitados o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de não-culpabilidade, conforme explanado no item 2.1 acima. Já no

atinentes à segurança, o juiz observará a necessidade, além da celeridade processual, da própria efetividade processual, no sentido de o processo criminal chegar a seu termo, dando uma satisfação à sociedade, a qual, em caso de procedência da denúncia criminal, fica reconhecida como covítima do crime praticado pelo réu.

Nessa colisão, 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. 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 pública²⁷.

Segundo a 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. Prova-se: caso se exija o trânsito

²⁷ Embora não seja objeto deste artigo o estudo acerca da natureza jurídica da prisão decorrente da execução provisória da pena privativa de liberdade, calha conferir destaque à seguinte consideração realizada pelo Ministro Barroso no seu voto exarado no HC n. 126.292/SP: “o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 126292, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2016).

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.

Essa interpretação, outrossim, observa a concordância prática e realiza de forma máxima os princípios então tensionados, consideradas as circunstâncias fático-jurídicas: de um lado, culpa não mais sujeita à discussão, e, de outro lado, segurança que exige o julgamento célere e o cumprimento da pena. Além disso, demonstrada a sua proporcionalidade, está evidenciado, *ipso facto*, o respeito ao princípio do devido processo legal (item 2.1.4 supra).

Demonstrada a pertinência da aplicação da proibição da proteção deficiente na seara penal, calha destacar a observação tecida por Cordeiro Piedade:

Investigar o alcance e a aplicação da proibição da proteção deficiente, dentro da concepção de um garantismo pleno, não significa propor um recrudescimento simplista da intervenção punitiva, muito menos uma apologia ao totalitarismo penal, mas traçar um horizonte que permita uma resposta penal adequada, sobretudo diante das novas formas de criminalidade muitas vezes capitaneada por organizações criminosas. (PIEDADE, 2013, p. 87).

4 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, mais do que justificada, é imposta pela Constituição Federal.

De fato, ela não ofende o princípio da do duplo grau de jurisdição, pois este reclama apenas um julgamento por órgão colegiado. Não viola a ampla defesa, visto que a defesa técnica

persiste atuando nessa fase. Não desrespeita o contraditório, tendo em vista que a bilateralidade do ato processual se dá mediante a intimação prévia da defesa técnica sobre a decisão de que resulta o mandado de prisão.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico justificou o cabimento da execução provisória da pena. 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 que: 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 do Poder Judiciário à realização/garantia 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 jurídica que deve ser valorada pelo caráter *prima facie*) justifica a relativização da presunção de não-culpabilidade de modo a permitir o cumprimento da pena. Resta 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 pelo Ministro Menezes de Direito. 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 exauriente²⁸.

Por fim, frisa-se que o presente raciocínio quanto à execução provisória da pena privativa de liberdade tem aplicação, *mutatis mutandis*, em duas outras áreas, as quais, todavia, em razão da limitação temática e espacial 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 83978/RS²⁹ e HC 84336/RS³⁰.

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 difícilíssima possibilidade de revisão da decisão dos jurados, considerando-se também a legitimidade democrática desse tipo de decisão, o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade imposta pelo juiz

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC n. 84078, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Voto do Ministro Menezes de Direito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 14 set. 2016.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83978/RS. Relator: Min. Carlos Veloso. J. em 13/04/2004, DJ 28-05-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384858>>. Acesso em: 10 out 2016.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84336/RS. Relatora: Min. Ellen Gracie. J. em 14/09/2004, DJ 01-10-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79552>>. Acesso em: 10 out 2016.

presidente também encontra justificativa. Todavia, repisa-se, esse é assunto para outro trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Ed. Malheiros, 2015.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Constituição, Política e Retórica*. Brasília: Uniceub, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. Ed. Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. O Interesse Público IP. Belo Horizonte, n. 19, ano 5 Maio / Junho 2003 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50962>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. SP: EDIPRO, 3. ed. 2005.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 10. Ed., 1999.

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: Ed. Atlas, 2015.

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

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

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, p. 231 e 233, 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 Sistêmica 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 penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) 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.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. GARCIA, Mônica Nicida. GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078. In: 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: Ed. Atlas, 2015. p. 491-517.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade criminal de persecução criminal. In: 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: Ed. Atlas, 2015. p. 302-331.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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 Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

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

PIEIDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Criminalidade organizada e a dupla face do princípio da proporcionalidade*. 2013. 191 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

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 de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *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/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> >. Acesso em: 18 abr. 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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.

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