

PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE APLICADO AO MARCO INICIAL DO CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

Rafael Santos Magalhães¹
Thiago Amado Marques²

RESUMO

O presente artigo aborda a mudança no marco inicial para a execução provisória de pena restritiva de liberdade, Habeas Corpus 126.292. Destarte, será feita uma análise qualitativa, explicativa e bibliográfica da mudança jurisprudencial no direito penal, à luz do princípio da proporcionalidade, em suas vertentes proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Ao fim, espera-se que os resultados obtidos sejam de grande valia para o fomento das discussões acadêmicas a cerca do tema.

Palavras-chave: Direito Penal. Proporcionalidade. Execução. Habeas Corpus.

1 INTRODUÇÃO

O direito Penal tem como escopo principal a proteção dos bens essenciais à sociedade, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podendo ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito. Logo, sendo um instrumento de garantias ao cidadão, quando esta tutela não mais se faz necessária, deve afastar-se e permitir que os demais ramos do Direito assumam.

Seguindo este raciocínio, o Direito Penal tem como panorama do ponto de vista político a consistência da sociedade, dia após dia, a sua evolução. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção, hoje, já não mais gozam desse status. Sempre perscrutando em consonância com a modernização dos costumes da sociedade.

Por conseguinte, este presente trabalho, conduz orientar acerca da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente do Direito Penal. Tais vertentes encontram-se constatadas nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292. Consequentemente, a mudança jurisprudencial em relação ao marco inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade repercutiu no princípio da presunção de inocência, a partir de então o indivíduo será considerado culpado com o acórdão condenatório de segunda instância que confirma a sentença de primeiro grau.

¹ Aluno do curso de Direito

² Aluno do curso de Direito

2 METODOLOGIA

A metodologia adotada perpassa por uma análise qualitativa, pesquisa explicativa, e revisão de literatura, em que foram realizadas pesquisas baseada nas fontes formais publicadas por Guilherme Nucci de Souza em seu Curso de Direito Penal, volume três: parte especial: artigos. 213 a 361 do Código Penal; bem como no livro do Curso de Direito Penal de Rogério Greco, volume1: parte geral. 18ª edição, ambos publicados no ano de 2016. Além disso, o presente artigo tem como fonte material primaria os próprios votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, na mudança do entendimento jurisprudencial. A pesquisa foi realizada no período de março de 2018 a abril de 2018. Os descritores utilizados foram: Direito Penal. Princípio da Proporcionalidade. Marco Inicial do Cumprimento de Pena. Habeas Corpus 126.292.

3 PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

A proibição de excesso (Ubermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) são as principais vertentes do princípio da proporcionalidade. Deste modo, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo orientar que toda atividade do Estado, bem como a atividade do Direito Penal, devendo ser pautada na razoabilidade e na proporcionalidade. Modernamente a proporcionalidade é vista sob três (3) perspectivas: a) necessidade- verificar a utilidade na adoção da medida no caso concreto; b) adequação- faz-se necessário a análise do caso concreto para se estabelecer a medida; c) proporcionalidade em sentido estrito- neste caso deve-se fazer uma ponderação considerando o custo benefício da medida escolhida. Ou seja, significa que as penas devem ser harmônicas em face da gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, a tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores.

É mister mencionar, que a proibição de excesso, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, como liberdade de expressão, liberdade de locomoção, a honra, a dignidade, entre outros. Evitando tanto o legislador quanto ao julgador aplicar punições desnecessárias de comportamentos que não possuem relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse uma pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

A outra vertente já mencionada do princípio da proporcionalidade, diz a respeito à proibição de proteção deficiente. Se por um lado não se admite o excesso, também não é admitido que um direito fundamental seja deficientemente protegido, mediante a eliminação de figuras típicas, ou pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem protegido. Assim, é quando se encontra, na maior parte das vezes, representada por uma omissão, total ou parcial, do poder público no que tange ao cumprimento de um imperativo de tutela.

Nessa perspectiva, conclui-se nas palavras de Lenin Streck:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode avir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”. (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. Revista dos Ajuris, Ano XXXII, p.180).

Tais vertentes estiveram presentes expressa ou até mesmo tacitamente nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus que se passa a analisar.

3.1 A MUDANÇA NO MARCO INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

A presunção de inocência ou chamado também de presunção a não culpabilidade, foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Deste modo, no artigo 5º, inciso LVII, alude que o reconhecimento de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, só podendo a restrição cautelar da liberdade em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal por vários anos firmou o mesmo entendimento de que o status de inocência deveria prevalecer até o trânsito e julgado

da sentença final, mesmo pendente de recurso, cabendo à acusação o ônus probatório da utilidade cárcere cautelar. Contudo, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar a HC 126.292, o STF modificou seu posicionamento sobre o tema. Sendo reconhecida a condenação penal por tribunal, em segundo julgamento, poderá começar a execução de forma provisória, antes mesmo da sentença condenatória transitada em julgado. Ou seja, quando a segunda instância confirmar a sentença da primeira instância, já poderá restringir a liberdade do indivíduo.

Nesse aspecto, sendo por maioria, 7 (sete) a 4 (quatro) dos votos a favor da mudança da jurisprudência do cumprimento da pena. Sendo constatado nas deliberações dos ministros do STF, o princípio da Proporcionalidade com as suas vertentes: Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente.

Os votos contra a mudança jurisprudencial foram dos ministros: Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Lewandowski, ocorrendo à presença maior no teor do acórdão destes votos. A vertente Proibição de Excesso em consonância com a inconstitucionalidade da presunção de não culpabilidade foi defendido pelos mesmos, ao afirmarem que há incongruência com os padrões do regime Democrático, impondo, aos indivíduos restrições de liberdade não autorizadas pela própria Constituição Federal.

Destarte, deve haver a proteção positiva dos direitos fundamentais como centrais a liberdade e a inocência, jamais podendo o excesso por parte do Poder Público, para não acontecer o sopesamento do propósito principal de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Neste sentido, devendo ser um entendimento insuperável para todos os efeitos a prevalência da vedação a imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Calha ressaltar, que a presunção de inocência representa uma evidente conquista histórica dos indivíduos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. Assim, o legislador quanto ao julgador não pode utilizar de punições excessivas, a ponto de cominar medidas desproporcionais à conduta praticada com o bem jurídico tutelado. Nesta perspectiva, independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado, há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade a prerrogativa de ser sempre considerada inocente.

No momento em que há uma inversão de valores na aceitação da mudança do paradigma para declaração da culpabilidade, constata-se a inobservância do princípio da Proibição de Excesso, não podendo o Estado tratar os suspeitos como

se fossem culpados e constringendo a fazer que se produzam provas contra si mesmo.

Em contraposição aos votos apresentados alhures, o saudoso ministro relator Teori Zavascki foi acompanhado em seu voto pelos ministros, Edison Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, e sagrou-se voto vencedor. No bojo de seus votos, várias são as razões que contribuem para a mudança jurisprudencial, as quais se relacionam intimamente com a vertente da Proibição de Proteção Deficiente.

O voto vencedor historicamente sempre foi o que prevaleceu. A Constituição Federal Brasileira está vigendo a quase 30 (trinta) anos, e durante 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses o entendimento que o marco inicial para a execução provisória da pena é o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, foi amplamente majoritário. Somente durante 7 (sete anos) prevaleceu a tese de que deveria se esgotar todas as possibilidades recursais.

Em diversas ocasiões o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo estas condenações reflexos da proteção deficiente que o Estado Brasileiro e, por conseguinte, o Poder Judiciário tem oferecido no âmbito penal. A morosidade é tamanha, que por diversas vezes o prazo prescricional do crime praticado é alcançado, extinguindo-se a punibilidade do sujeito. Diversos casos foram citados que comprovam e demonstram a ineficiência do Estado Brasileiro em oferecer proteção penal justa e efetiva à vítima ou seus familiares, dentre estes, o eminente caso de Maria da Penha, amplamente divulgado nos meios de comunicação que culminou na Lei 11.340/2006.

O ponto fulcral das discussões paira sobre quando se tem o trânsito em julgado, ou seja, a partir de qual momento se atinge a certeza na formação da culpa. Para o relator, é no juízo de apelação (2º grau), que se tem definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa. Neste momento, se concretiza o duplo grau de jurisdição genuíno, sendo este, o órgão jurisdicional direcionado ao reexame da decisão judicial em sua inteireza, fixando a partir de então, se for o caso, a responsabilidade penal do acusado.

A presunção de culpa encapada no Artigo 5º, inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não significa dizer, que se deve esperar um posicionamento da suprema corte autorizando ou determinando a prisão. Destarte, é incontroverso que nesta, estão encerradas as possibilidades de se discutir questões de prova e materialidade,

assim, a execução provisória da pena, nada mais é do que o desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias.

Outro aspecto digno de registro volta-se ao posicionamento adotado quanto à repercussão da decisão na esfera prisional, tendo em vista que em tese, aumentará ainda mais a população carcerária. Ora, não cabe ao Poder Judiciário gerenciar ou até mesmo tomar as rédeas do caos que está instalado no sistema prisional Brasileiro, e sob este argumento, prolatar decisão que lhe seja favorável.

Recentemente, voltou-se a discutir sobre o tema no Habeas Corpus 152.752, o qual foi interposto pelos procuradores do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, permanecendo a condenação em 2º grau como o marco inicial para o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que foi mencionado, fica evidente que o Direito penal tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos, essenciais ao indivíduo e à comunidade. Utilizando do princípio da proporcionalidade, enquanto fulcro do direito penal, assim, analisá-lo-á o operador do direito como elemento intrínseco, norteador da atividade cognitiva do juiz.

A execução provisória da pena após a condenação em sede de apelação, confirmando a *decisum* de primeira instância, encontra amparo no sistema jurídico penal vigente, trazendo maior efetividade à proteção penal dada a cada cidadão. A decisão do STF foi acertadamente coerente com um sistema punitivo que busca atualizar sua prestação jurisdicional, de modo a aparar as arestas existentes, as quais a tornam frágil e ineficaz.

Espera-se, ao final, que os resultados obtidos colaborem com o fomento das discussões acadêmicas voltadas ao tema, inclusive com a replicação do método e uso dos resultados como forma de subsidiar estudos correlatos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: volume 1: parte geral. 12. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, 2016. Supremo Tribunal Federal. **Plenário Habeas Corpus 126.292**, São Paulo. Disponível em: 2016. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Data do acesso: 25 abr. 2018

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: volume 3: legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, J. C. A aplicação do übermassverbot e untermassverbot no direito penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <<https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do-excesso-ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protECAo-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SLAIB FILHO, N. **Do princípio da proibição do excesso**. Disponível em: <<http://www.nagib.net/index.php/variedades/artigos/constadminteori/266-do-principio-da-proibicao-do-excesso>>. Data de acesso: 26 abr. 2018.

NUCCI, G. de Souza. **Curso de Direito Penal**: volume 3: parte especial : arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRECO, R. G. **Curso de Direito Penal**. volume 1: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

PORPINO, I. V. S. Constituição e proporcionalidade: direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17877. Acesso em: 28 abr 2018..