**SINOPSE DO CASE:** EXECUÇÃO DA PENA ANTERIOR AO TRANSITO EM JULGADO: CHOQUE ENTRE A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE DEFESA DEFICIENTE

Elioenai Araújo Mendonça

**1 DESCRIÇÃO DO CASO:**

Um ajudante-geral condenado a pena de 5 (cinco) anos e $ (quatro) meses de reclusão pelo crime de roubo qualifica. Onde em condenação de primeiro grau, foi condenado, recorrendo a segunda instancia para o TJ-SP. Tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado o provimento, determinando expedição do mandado de Prisão. Tendo o caso chegado até a última instância, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo voto da maioria em negar o Habeas Corpus (HC) 126292. Entendendo que, a iniciação da execução de pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio da presunção de inocência.

Diante do caso em questão é questionado: na colisão princípios como a Proibição de Excesso e Proibição de Defesa Deficiente qual deve prevalecer?

**2 POSSÍVEIS DECISÕES**

**2.1** De acordo com o exposto no presente caso fica claro que o Princípio de Proibição de Excesso deve prevalecer sobre o da Proibição de Defesa Deficiente.

**2.2** De acordo com o exposto no presente caso fica claro que o Princípio da Proibição de Defesa Deficiente deve prevalecer sobre o da Proibição de Excesso.

**3 DESCRIÇÕES DOS ARGUMENTOS**

3.1 Inicialmente, é importante apresentar a base principiológica da Proibição de Excesso. Neste, para se atingir um determinado fim, não se pode utilizar de meios que extrapolem a razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser usados meios estritamente adequados. Devido a isto, fica claro a vinculação da Proibição do Excesso com os princípios mencionados.

Quanto aplicação no caso em questão, a proibição do Excesso concite no uso do poder de imputar pena forma desproporcionalmente ao acusado pelo Estado, não tendo ainda o imputado sido condenado por transito em julgado. Diante do fato de que a presunção de inocência tem como amparo principal a liberdade individual de locomoção dos individuas, isto denota a condição inerente legitima do indivíduo ter a sua liberdade pressuposta, sem a necessidade de prová-la ou justificar sua legitimidade. (BRASIL, 2000; LIMA 2016)

A partir desta questão, o Estado em seu poder penalizado é que deve prova a legitimidade em interferi nesse direito de liberdade do indivíduo. Devendo este direito fundamente, só ser limitado quando de fato o Estado apresenta legitimação justificada para isso, e onde está justificativa apresenta-se diante de todos os trâmites processual, até que o indivíduo acusado seja condenado e tenha o trânsito em julgado. Pois, caso contrário, a justificação que dar-se por meio de todas as fases processuais penais, as quais juntam todos os indícios e materialidades fáticas, não terão ocorridos. Desrespeitando frontalmente a constituição no amparo do direito fundamental de liberdade e da presunção de inocência. (LOPES, 2016)

Entretanto, colocar o aparo dessa garantia fundamental como premissa basilar, não deve ser interpretado como impunidade. O que ocorre é a primazia de um processo completo, para justificar a restrição de um direito fundamental inerente a indivíduo. (TAVARES, 2003)

[…] não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente substancial, resiste a filtragem constitucional imposta. (LOPES, 2016. p. 35)

Tal fato serve de resposta ao questionamento de interpretação da ocorrência de demora nos julgamentos e sistemas recursais, como uma impunidade. Sendo a resposta negativa a tal questão. Isto pelo fato, do respeito aos ditames que a constituição dispões e a garantia do direito fundamental por ela disposta. Neste norte, reafirma-se que não ocorre a impunidade pelo fato na demora de julgamento ou de sistemas recursais. O que ocorre é, a eficácia aprática de todas as fases nos trâmites processuais para justificar uma restrição a um direito fundamental inerente. Ou seja, a aplicação dos princípios processuais garantidos, como duplo grau de jurisdição e devido processo legal. (PRADO, 2006)

Diante disto, Aury Lopes assevera:

O objeto primordial da tutela processual penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo. O significado da democracia é a revalorização do homem. (LOPES, 2016. p. 37)

Adscreve que, pelos elementos argumentativos apresentados no caso em tela, o princípio da Proibição de Excesso, deve prevalecer sobre o princípio da Proibição de Defesa Deficiente, tendo um real amparo prático do princípio da Presunção de Inocência e do direito fundamental a liberdade de locomoção.

3.2 Em outro viés, o princípio da Proibição da Defesa Deficiente tem como base a proteção através do Estado em intervir no indivíduo para limitar seus abusos que podem oferecer perigo a sociedade. Diante disto o estado através do Direito Penal, penalizará o indivíduo que oferece perigo ou causou danos a sociedade, como forma de mostra seu papel enquanto Estado Garantidor, sendo no caso a garantia da segurança coletiva. Sendo esta base, determinada no texto constitucional em seu Art. 144, com o papel da segurança publica. (BRASIL, 2000; MARMELSTEIN, 2011)

Discorrem sobre esse dever do Estado de proteção social, Motta e Santos: *“[...] a segurança pública enquanto dever do Estado impõe a este a obrigação de garantir proteção às pessoas e seus patrimônios. ”* (MOTTA; SANTOS, 2002. p. 432). Diante disto, responde-se a questão a respeito da flexibilização do direito individual em prol do interesse coletivo, tendo a resposta, positiva. Isto se dá pelo fato de que o direito colocado em cheque é o da liberdade de locomoção de um acusado que afeta o direito de outros cidadãos. Pois dependendo do grau de periculosidade do imputado, este pode vim, caso continue solto no decorrer do processo penal, a cometer mais delitos e oferecer maior perigo a sociedade. Devendo nestes casos ouvir o clamor público. (STRECK, 2007) E ainda no caso em tela, como trata-se de um crime qualificado onde a atividade do autor possui maior reprovação social e afetação a mesma, interpreta-se pelo oferecimento de perigo a segurança coletiva, devendo o poder judiciário atinar para a necessidade pública. (BRASILEIRO, 2016)

Reafirmando essa condição de limitação de garantias de direitos individuais pelo Estado, Maria Luiza Streck dispõe:

[...] o Estado Democrático de Direito, não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também, uma defesa contra qualquer poder social de fato! [...] Assim, só haverá a possibilidade de se reconhecer a proibição de proteção deficiente quando se estiver face a um dever de proteção, isto é, para explicar melhor, a *Untermassverbot* tem como condição de possibilidade o *Schutzpflicht.* (STRECK, 2008. p. 80-81)

Ainda no viés da sobreposição do princípio da Proibição da Defesa Deficiente, a decisão de execução da pena condenatória não afronta o art. 283, vez que admite a possibilidade da necessidade de prisão preventiva no decorrer do processo, como é o fato do caso. Ainda, não se fala em afronta o princípio da presunção de inocência, vez que a análise discutida nas instancias as quais o processo foi apreciado, tratava-se da matéria do direito de Habeas Corpus, e não discussão de fatos e direitos relativos ao crime cometido pelo imputado (STF, 2016). Em consonância com tal posição e servindo de maior embasando argumentativo, elenca-se:

[...] a execução da pena na pendencia de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (STF, 2016. p. 77)

Através das colocações dos argumentos, posiciona-se que a melhor política criminal deve ser voltada ao maior Garantimos Estatal, em usar o direito penal para intervir em indivíduos que pelas condições mostradas no processo penal, ofereçam maior perigo a coletividade. Devendo neste caso o Estado agir com seu papel garantidor colocar o interesse coletivo em foco e flexibilizar o interesse individual do acusado. Entretanto, não se tem um lado puramente positivo nesta sistemática. Vez que, legitimar esta execução de pena anteriormente ao transito em julgado, demandara do Estado um maior aparato penitenciário, pois as quantidades de prisões provisórias serão potencializadas, necessitando de mais instalações carcerárias e estrutura estatal para isto.

**4. CRITÉRIOS E VALORES**

Os critérios utilizados no presente trabalho, tiveram como base, princípios fundamentais como o da Presunção de Inocência, Razoabilidade, entre outros elencados no decorrer da pesquisa. Ainda, posições doutrinárias sobre o choque de direitos do indivíduo imputado e direitos da coletividade enquanto vitima potencial. E como suplementação, posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para dar maior embasamento prático do fato.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo:Atlas, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**.4. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm. 2016

LOPES, Aury. Jr. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente dos Santos. **Direito Constitucional.** 11. ed. Niterói: Impetus, 2002.

PRADO, Garaldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.**4. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003

STF. **Coletânea Temática de Jurisprudência : Direito Penal e Processo Penal**. 2. ed. Brasília: STF, 2016

STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico – mestrado), 2008. pp. 80-81. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde\_busca/arquivo.php?codArquivo=721>. Acesso em: 01 out. 2016

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**.3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.