

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 de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente

DOUGLAS FISCHER

Procurador Regional da República na 4ª Região.

DOI: 10.11117/22361766.25.01.08

RESUMO: O presente artigo pretende discutir sobre a possibilidade de execução provisória da sentença condenatória em matéria penal, tendo em vista os princípios constitucionais atinentes. Para tanto, será de fundamental importância delimitar o tema, abordando o dissídio jurisprudencial entre STF e STJ; a interpretação sistêmica da Constituição, de índole garantista; a inexistência ao direito constitucional ao duplo grau de jurisdição; e, principalmente, a análise e aplicação do princípio da proporcionalidade às execuções provisórias, desde sua feição mais tradicional, como conducente à proibição de excessos (*übermaßverbot*), até sua roupagem mais moderna, como instrumento balizador na proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*).

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; direito constitucional; execução provisória; sentença penal condenatória; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article intends to discuss the possibility of provisory execution of a criminal conviction taking into consideration the concerning constitutional principles. In order to do so, it will be fundamental to establish the limits of the topic, focusing on the jurisprudential agreement between the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ); the systemic interpretation of the Constitution, which bears a guaranteeing character; the inexistence to the constitutional law of a double degree of jurisdiction; and, mainly, the analysis and application of the principle of proportionality to the provisory executions, from their most traditional design, leading to the prohibition of excessive action (*übermaßverbot*), to their most modern version, being a landmark in the prohibition of insufficient action (*untermaßverbot*).

KEYWORDS: Criminal law; constitutional law; provisory execution; criminal conviction; principle of proportionality.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O dissídio jurisprudencial hodierno no âmbito do STF e do STJ; 2 Tomada antecipada de posicionamento; 3 Constituição garantista: sua compreensão em nossa perspectiva; 4 Da inexistência ao direito constitucional ao duplo grau de jurisdição; 5 Hipóteses de cabimento de recurso especial e de recurso extraordinário; 6 O reconhecimento – explícito – pelo Supremo Tribunal Federal de que o recurso extraordinário não se presta a discussões atinentes à culpa/inocência (*lato sensu*) do agente criminoso; 7 Princípio da proporcionalidade: entre a proibição (tradicional) de excesso (*übermaßverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*); Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Está estabelecido na Constituição da República que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII) e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Também que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LVIII).

Efetivamente, é bastante ampla a discussão acerca da possibilidade ou não da execução das penas privativas de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, notadamente quando da pendência de admissibilidade e julgamento de recursos especial ou extraordinário.

Para uma linha de pensamento, seria hialina a vedação constitucional dessa possibilidade, diante do princípio constitucional de inocência. Para outro segmento, não.

Para firmar o posicionamento, irá desenvolver-se um procedimento hermenêutico de forma dialética, que se alicerça na circunstância de se compreender o todo a partir do individual, e o individual a partir do todo, cujo movimento de compreensão vai, de modo constante, do todo para a parte, e da parte para o todo.

1 O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL HODIERNO NO ÂMBITO DO STF E DO STJ

Impende, já de início, referir o que grassa no âmbito dos Tribunais Superiores acerca do tema. Do Superior Tribunal de Justiça, colacionam-se entendimentos no sentido da *possibilidade* da execução (denominada “provisória”) antes do julgamento dos recursos de natureza extraordinária, posicionamento que está resumido na Súmula nº 267 daquela Corte: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão”. Confirmam-se, exemplificativamente, alguns arestos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 213, 214, C/C ART. 226, INCISO I, C/C ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DEVOLUTIVO.

I – Contra a decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelo especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

II – Esse entendimento foi recentemente reafirmado pela e. Primeira Turma do c. Pretório Excelso, nos autos do HC 90.645/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Menezes Direito, DJU de 14.11.2007, (noticiado no Informativo nº 479/STF).

Writ denegado. (STJ, HC 91.529/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, unânime, J. 18.12.2007, DJ 31.03.2008)

REDUÇÃO DA PENA COM FULCRO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS (LEI Nº 11.343/2006). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. RECURSO IMPROVIDO. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. SÚMULA Nº 267/STJ. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DENEGADO.

1. Quanto à possibilidade de aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (nova Lei de Tóxicos), a questão não foi apreciada pelo Tribunal Paulista, até porque não suscitada no recurso de apelação da defesa. Resta, assim, inviabilizado o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Inexiste constrangimento ilegal por parte do Tribunal Estadual na determinação de expedição de mandado de prisão, uma vez que eventuais recursos especial e extraordinário carecem de efeito suspensivo, consoante se depreende do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990, aplicando-se, nesses casos, a Súmula nº 267/STJ, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão.

3. Conheço e reverencio a orientação jurisprudencial que afirma a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo se o Juiz concedeu essa benesse ao réu, como na hipótese; entretanto, ao meu sentir, tal exegese, que se baseia, isoladamente, no princípio constitucional da presunção da inocência, não tem o alcance que se pretende dar, e não pode ser interpretada fora da lógica do ordenamento jurídico pátrio. Se o acesso às instâncias extraordinárias é restrito, não se prestando à revisão pura e simples de provas, mas à apreciação de tese ou matéria jurídica, não há como admitir que, sem a mínima demonstração dessa plausibilidade jurídica, a condenação, confirmada em dois graus de jurisdição, possa ficar suspensa, indefinidamente, enquanto a parte conseguir, utilizando-se da infundável possibilidade recursal, postergar o trânsito em julgado da condenação.

4. Em situações excepcionais, quando ficar evidenciada a viabilidade da pretensão exposta nos recursos excepcionais, o efeito suspensivo pode ser concedido

por liminar em medida cautelar incidental ou até em *habeas corpus*, como bem lembrou, recentemente, o eminente Ministro Felix Fischer, por ocasião do julgamento do HC 80.462/SP (J. 07.02.2008).

5. Parecer do MPF pelo não-conhecimento do *habeas corpus*.

6. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 85.803/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, J. 21.02.2008, DJe 17.03.2008)

É verdade que, também no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, há dissenso sobre o tema, como se verifica:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INCABIMENTO. [...] 2. Fundando-se a prisão do paciente exclusivamente no fato do exaurimento da instância recursal ordinária e, não, na concreta necessidade da sua prisão cautelar, contrapõe-se à lei e à Constituição Federal, de rigor a concessão do *habeas corpus* para superação do constrangimento ilegal. 3. Ordem parcialmente concedida. (HC 81.669/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 04.09.2007, DJU 22.10.2007)

Na Corte Suprema, julgados atuais demonstram o posicionamento bastante antagônico também de suas duas Turmas, na linha do que se vê de decisões publicadas recentemente no mesmo Diário de Justiça:

Habeas corpus.

1. Homicídio simples. Condenação à pena de 12 (doze) anos e 9 (nove) meses de reclusão pelo homicídio de 5 (cinco) pessoas, decorrente de acidente de trânsito.

2. Réu em liberdade durante toda a instrução criminal e até julgamento da apelação criminal.

3. Expedição de mandado de prisão com fundamento no improvimento da apelação da defesa.

4. A jurisprudência do STF orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial ou recurso extraordinário não impede, em princípio, a prisão do condenado. Precedentes.

5. Necessidade de elementos suficientes para autorizar a constrição provisória da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP.

6. Considerados o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, a manutenção da condenação em sede de apelação, por si só, não é fundamento suficiente para a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Precedentes.

7. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal. (STF, HC 90.229-4/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria, J. 04.12.2007, DJ 02.05.2008)

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se ST] e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF, não pode ser lograda a esse preço.

6. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (HC 92.810-2/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, unânime, J. 11.03.2008, DJ 25.04.2008)

HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) – RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO – RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ART. 7º, Nº 2) – DECISÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO, PELO FATO DE O RECURSO ESPECIAL DEDUZIDO PELO SENTENCIADO (RESP) NÃO POSSUIR EFEITO SUSPENSIVO – DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR – POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – PEDIDO DEFERIDO – PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL.

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Doutrina. Precedentes.

RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) – AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA – CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. Se o réu responder ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada – embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) – somente se justificará se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inócua no caso em exame. (HC 93.184-7/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, em 18.03.2008, DJe 18.04.2008)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.

2. Não configurada, na espécie, *reformatio in pejus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao paciente “o benefício de apelar” em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. *Habeas corpus* denegado. (HC 91.675/PA, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, J. 04.09.2007, DJ 07.12.2007)

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência.

2. *Habeas corpus* indeferido. (HC 90.645/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Menezes Direito, J. 11.09.2007, DJU 14.11.2007)

Em síntese: os posicionamentos contrários à execução antes do trânsito em julgado somente admitem o recolhimento e eventual início do cumprimento da pena privativa de liberdade (idêntico raciocínio se aplicaria para as penas restritivas de direito) se presentes os requisitos da prisão preventiva (que não colidiriam com a presunção de inocência). No sentido contrário, o argumento cinge-se à ausência de eventual efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial para possibilitar o início da execução da pena privativa.

2 TOMADA ANTECIPADA DE POSICIONAMENTO

Respeitando-se todos os argumentos, crê-se que a solução não passa *apenas* pela linha argumentativa das discussões travadas por ambas as correntes. Há outros fundamentos que, em nosso modesto entendimento, se crê de maior, e até vital, importância para a solução do (aparente) impasse.

Com efeito, fazer uma leitura objetiva e *isolada* da regra constitucional que dispõe que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* não poderia, como regra, conduzir a outra conclusão que não a da inviabilidade do recolhimento antes do trânsito em julgado, salvo se presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP).

O que se sustenta é que, em decorrência de uma *interpretação sistêmica*, considerando-se todos os instrumentos jurídicos previstos para evitar a indevida restrição à liberdade dos cidadãos, o recolhimento do réu-condenado antes do trânsito em julgado na pendência do recurso extraordinário (também na situação do recurso especial) *não viola* o comando constitucional supradescrito, nem qualquer outro que estipule proteção a garantias fundamentais. Assim, diante de *todo* o arcabouço constitucional (sistemicamente, portanto), não se viola a presunção de inocência, pois há mecanismos eficazes (entende-se que até muito mais eficazes que os próprios recursos) em sede constitucional para evitar *eventual* ilegalidade e recolhimento indevido com violação da presunção de inocência. Para o desenvolvimento de tais premissas, se acorrerá, *também* – mas não só –, a argumentos contidos em decisão recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso em que foram definidas as regras para estabelecer a exigência da observância da denominada *repercussão geral*.

Ainda neste tópico, destaca-se que o raciocínio desenvolvido não está calcado unicamente no prisma *prático* do sistema recursal, mas também no teórico-sistêmico da Constituição.

No âmbito da hermenêutica, compreende-se que a pretensão da interpretação está em solucionar conflitos decorrentes de uma sociedade aberta e democrática – cujos princípios fundamentais estão previstos numa Constituição com idêntico matiz –, não se podendo exigir a obtenção de uma única resposta como correta para o problema apresentado, pois, do contrário, se estaria negando a própria base do sistema: o pluralismo. Desse modo, se diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas, sendo ambas, por isso, autênticas (confira-se, a propósito: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102), o ideal na interpretação de um texto (ou de vários textos concatenados) está em se procurar, dentre as várias interpretações possíveis, aquela *mais adequada* para o caso concreto. Na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito; no Direito, há apenas o aceitável (justificável). Em nossa compreensão, procedem as ponderações no sentido de que “*las tesis y los juicios en el Derecho son formulados dentro de determinados márgenes de posibilidad, con pretensiones de probabilidad y nunca de un modo exacto, antes bien, sólo de un modo aproximadamente adecuado*” (RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 120).

Em síntese: não existem verdades apodíticas¹, mas *escolhas mais razoáveis*². O que se deve perseguir, então – e essa é a proposta ora firmada –, é o que se denomina de *melhor resposta*, aquela que se apresenta de forma mais *racional, mais razoável* para a solução do impasse, considerados os principais vetores, concatenados entre si, que reclamaram consideração no mister interpretativo.

3 CONSTITUIÇÃO GARANTISTA: SUA COMPREENSÃO EM NOSSA PERSPECTIVA

Segundo se entende, a presunção de não-culpabilidade está relacionada direcionadamente à proteção dos direitos fundamentais (nitidamente “garantista”, portanto) do cidadão de não ser condenado com base em elementos de prova indevidos (aí compreendidas as provas dúbias e até as ilícitas) ou contra manifestas previsões legais, em tratados ou na Constituição.

Em suma: é absolutamente inaceitável a condenação criminal sem a observância do devido processo legal. Mas saber o que são, qual a extensão e quais preceitos englobam o *devido processo legal* no tema em voga é o que se pretende enfrentar.

Precisa-se dizer de modo muito explícito, embora possa eventualmente soar paradoxal: o que ora se defende, parte de premissas eminentemente garan-

1 “En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos, y entre ellos de los problemas jurídicos, no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca.” (RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 282)

2 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 125 e 133.

tistas. Mas o *garantismo* precisa ser muito bem contextualizado. Do pensamento de Ferrajoli, extrai-se que a pedra de toque está em que, rigidamente, sejam observados os direitos fundamentais dos cidadãos, dando-se a máxima eficácia aos princípios maiores fixados na Constituição da República. Em outras palavras, na senda do que se tem como derivativo da teoria garantista, o intérprete deve-se ater a uma interpretação vertical – da Constituição para as leis, de cima para baixo, estas respeitando aquela³ – no momento em que se verificar uma tensão no complexo universo normativo.

Todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito⁴. Mas a verdadeira força normativa da Constituição – portanto, mais eficaz – depende da adequada interpretação que se dá às normas, como adverte Konrad Hesse.

Na construção da tese de Ferrajoli, a dimensão substancial do Estado de Direito se traduz em uma dimensão (também substancial) da própria democracia, em que as garantias são verdadeiras técnicas, inseridas no ordenamento, que têm por finalidade *reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade*, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos *direitos e demais preceitos fundamentais*, na sua compreensão mais ampla possível, mas sem qualquer desvirtuamento, segundo determinado pela Constituição⁵.

Compreende-se que, *por intermédio de todos os meios constitucionais existentes*, a Teoria do Garantismo se consubstancia em irrestrita tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal. Numa frase: quer-se garantir a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade⁶. Mas tais pressupostos *não podem levar à total inoperância do sistema*, notadamente o criminal-constitucional, que está em foco na abordagem do presente dispositivo.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 13. Também correto sob o prisma que vislumbra Eros Grau: "A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição". GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 128.

4 "El modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condiciona la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios axiológicos establecidos en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento." Op. cit., p. 152.

5 Op. cit., p. 25.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 271.

4 DA INEXISTÊNCIA AO DIREITO CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Respeitando-se eventuais posicionamentos em contrário, e seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (e.g., HC 88.420/PR, 1ª Turma, unânime, J. 17.04.2007, DJ 08.06.2007), crê-se que, constitucionalmente, *não* há garantia *para todas situações* ao denominado *duplo grau de jurisdição* (como regra geral, ele se faz presente), até porque impossível com, por exemplo, as hipóteses em que prevista a competência originária da Corte Suprema para julgamento de feitos criminais em razão da dignidade de certos cargos (art. 102, I, *b e c*, CF/1988).

Em nossa interpretação, o que a Constituição garante é a possibilidade de que a decisão proferida monocraticamente seja revista, no mínimo, por um órgão colegiado (ou então proferida por um órgão colegiado em sede originária), evitando-se, assim (ou tentando-se evitar ao máximo), eventuais injustiças nos provimentos condenatórios a partir de uma análise da causa em debate por apenas um Magistrado.

Ou seja: a decisão condenatória, se em instância inicial, deve passar, ao menos, pelo crivo de julgamento colegiado. Se o julgamento é colegiado na origem (competência por prerrogativa de função), já se atendeu às necessidades de compatibilizar a garantia de julgamento de agentes em face da dignidade dos cargos que ocupam (*competência em razão da função – prerrogativa de foro*) e de que a decisão não seja apenas de um julgador, minorando-se a possibilidade, em tese, da ocorrência de erro na condenação, que seria situação corolária de violação do princípio constitucional da não-responsabilização de pessoa contra a qual não existam elementos suficientes para tanto ou contra o que dispõe o ordenamento jurídico.

Entretanto, exigir o esgotamento das instâncias extraordinárias (recurso extraordinário ou especial) – sem analisar suas finalidades –, em nossa compreensão, importa numa visão *não-sistêmica* do ordenamento constitucional, que prevê não exclusivamente os direitos dos réus (que devem ser protegidos com máxima efetividade, como já dito e ora se enfatiza), mas também a efetividade da prestação jurisdicional (interesse social: proteção imediata aos interesses da vítima, e mediata da coletividade). Assim, compreende-se que não se pode partir da premissa de que a Constituição teria estipulado como *necessário* o esgotamento de *todas* as instâncias *recursais (recursais) possíveis* para se poder executar a pena imposta, seja ela privativa de liberdade ou até restritiva de direitos (essa, com muito mais razão ainda se comparada com aquela).

A finalidade dos recursos especial e extraordinário *não é* a discussão acerca da culpa (inocência) do agente criminoso eventualmente condenado em instância inferior. Também *não são e não podem* ser referentes à discussão

acerca da prova que foi utilizada e valorada para a condenação (não confundir o reexame de provas, o que é vedado, com reavaliação da prova, perfeitamente admissível), salvo, à evidência, se se tratar de prova ilícita.

5 HIPÓTESES DE CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Constituição é bastante clara – e muito restrita – às hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Nenhuma delas envolve, *diretamente*, qualquer matéria afeta à culpa/inocência do condenado. No máximo, indiretamente, como regra geral. E mesmo que se diga que envolva *diretamente* o tema (a ensejar eventual recurso de natureza extraordinária), há, na própria Constituição, meios muito mais eficazes e amplos para a tutela desses direitos eventualmente violados, que precisam ser considerados para uma compreensão sistêmica da ordem vigente.

Na senda do art. 102, III, CF/1988, caberá recurso extraordinário nas hipóteses de a decisão:

- a) Contrariar dispositivo da Constituição;
- b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e
- d) Julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Sistemicamente, não se compreende como a *limitadíssima amplitude* das discussões possíveis no âmbito dos recursos retronominados poderiam afetar o princípio constitucional da presunção de inocência. Em nossa compreensão, tal conclusão pode ser extraída apenas da leitura isolada do comando constitucional (*mesmo que extraiam todos os efeitos que dele irradiam como norma constitucional que é*) de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

6 O RECONHECIMENTO – EXPLÍCITO – PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE QUE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO SE PRESTA A DISCUSSÕES ATINENTES À CULPA/INOCÊNCIA (*LATO SENSU*) DO AGENTE CRIMINOSO

O Supremo Tribunal Federal sempre foi muito firme acerca de ser absolutamente limitado o espectro dentro do qual se apresenta possível debater determinadas questões em sede de recurso extraordinário, chegando ao ponto de reconhecer, explicitamente, que “a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configu-

ram ofensa reflexa à Constituição da República” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 452.001/PB, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, unânime, J. 19.06.2007, DJ 03.08.2007). Não debateremos, aqui, a pertinência ou não de tais conclusões. Mas é importante não descurar que esse é o entendimento vigente no âmbito da Suprema Corte.

É de se ver, ainda, que a restrição de possibilidade de recursos extraordinários, hodiernamente, é maior ainda em face da introdução, na ordem constitucional, de mais um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários: a *repercussão geral* (§ 3º do art. 102 da CF).

No julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664-567-2/RS (Tribunal Pleno, J. 18.06.2007, DJ 06.09.2007), em que restaram definidos os critérios para aferição da *repercussão geral*, o Supremo Tribunal Federal firmou algumas premissas que merecem destaque:

- a) A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 – que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição –, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional;
- b) Não tem maior relevo a circunstância de a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas;
- c) Não há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o recurso extraordinário *busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral* das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º, CPC, incluído pela Lei nº 11.418/2006);
- d) Para *obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam* –, há sempre a *garantia constitucional do habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII);
- e) A exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.

Não é de hoje que, fática, teórica e *juridicamente* (por interpretação *constitucional* do STF e também em face de expressa disposição normativa), o

habeas corpus perdeu sua *função original* (PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 105), servindo para as mais diversas questões, não só para também atacar ilegalidades ou abusos de poder, como também para as hipóteses em que a argüição esteja relacionada à observância do devido processo legal (*lato sensu*).

Sintetizadas na ementa do julgado retromencionado (e que refletem o que foi decidido pela Corte Suprema), as palavras do Ministro Relator Sepúlveda Pertence são deveras elucidativas ao assentar que *não* se pode “falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal”, pois o recurso extraordinário “busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que ‘ultrapassem os interesses subjetivos da causa’”. Na seqüência, vê-se o exposto reconhecimento – já vigorante há muito naquela Corte, se ainda não percebido por muitos – que, na *pendência* de admissibilidade ou análise de recurso extraordinário, para “obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII)”.

Na senda de Claus-Wilhelm Canaris (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 273), tem razão Juarez Freitas (*A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70) ao expor que “cada preceito deve ser visto como parte viva do todo, eis que apenas no exame de conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso, quando se almeja uma bem-fundamentada hierarquização tópica dos princípios tidos como proeminentes”, na medida em que, conclui, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”. Em outras palavras, também suas, “ainda quando se esteja examinando, em aparência, uma norma isolada, esta só poderá ser bem compreendida na relação mútua com as demais”.

Insiste-se, reportando-se ao precedente anterior do Supremo Tribunal Federal: por *remotas* que existam eventuais ilegalidades (ou até muitas, o que se diz apenas para fins de argumentação) praticadas pelos Tribunais e Juízes inferiores, são elas remediadas – pronta e *eficazmente* (até mais que via recursal própria) – por intermédio do *habeas corpus* (previsto constitucionalmente), que pode – é cediço – ser concedido inclusive *ex officio* pelos Tribunais e em sede liminar (procedimento também decorrente de criação jurisprudencial) e de forma substitutiva aos próprios recursos, mesmo que na pendência de seus exames.

Por mais paradoxal que possa parecer, é, em nosso sentir, dessa compreensão *sistêmica* do ordenamento constitucional que se extraem tais conclusões: a cognição

permitida em *habeas corpus* é até *muito mais ampla* do que aquela possível nos recursos extraordinário e/ou especial (embora naturalmente restrita para ambos).

No que se refere às provas, a limitação nos recursos extraordinários e nos *habeas corpus* é idêntica, mas no *writ* não se exige qualquer prequestionamento de matéria, muito menos eventual *repercussão geral*.

Em se tratando de suposta violação de normas infraconstitucionais (que se traduzam na inobservância do devido processo legal), o *writ* permite o exame pela Corte Suprema da matéria, o que se mostra inviável em sede de recurso extraordinário. A propósito, confirmam-se precedentes da Suprema Corte em *habeas corpus* e também em *recurso extraordinário* em que se fazia a argüição de violação de regras infraconstitucionais relacionadas ao devido processo legal, respectivamente:

I. *Habeas corpus*. Competência do STJ e do STF. Pressupostos. A jurisprudência dominante no STF é no sentido de que não impede o conhecimento do *habeas corpus* pelo STJ – e em conseqüência, posteriormente, pelo Supremo Tribunal – a omissão do Tribunal de segundo grau sobre questão contida no âmbito em que lhe haja a causa sido devolvida. A apelação interposta pela defesa devolve ao Tribunal o conhecimento de tudo quanto, no processo, possa favorecer à defesa, do que decorre que, tendo podido decidir da questão, o juízo de segundo grau se faz responsável pela coação decorrente da solução em contrário ou da omissão a respeito. Precedentes.

II. *Habeas corpus*. Cabimento. Questão de direito. Constitui questão de direito saber se, no caso, incide a atenuante da confissão espontânea (Cód. Penal, art. 65, III, *d*), malgrado o paciente tenha alegado na apelação a ausência de prova de autoria do crime.

III. Deferimento da ordem para anular o acórdão recorrido, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça aprecie o mérito da impetração. (RHC 88.862-3/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, J. 08.08.2006, DJU 29.09.2006)

FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 E 356 DO STF. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. I – Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. II – As alegações de violação aos princípios da legalidade, da motivação dos atos decisórios, dos limites da coisa julgada, do devido processo legal e do contraditório, quando demandarem a apreciação da legislação infraconstitucional, configuram, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, o que *impede a utilização do recurso extraordinário*. III – Não compete a esta Corte atuar como revisora, em RE, de decisão do Superior Tribunal de Justiça que inadmitiu recurso especial, situando-se a questão no âmbito infraconstitucional. Precedentes. IV – Ausência de novos argumentos. V – Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 569.724/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unânime, J. 13.11.2007, DJ 14.12.2007)

7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ENTRE A PROIBIÇÃO (TRADICIONAL) DE EXCESSO (*ÜBERMAßVERBOT*) E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE (*UNTERMAßVERBOT*)

Há outro espectro que merece análise um pouco mais detida. Deflui dos precedentes que defendem a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória que, se ausentes motivos de cautelaridade da privação da liberdade, se estaria atingindo frontalmente direitos fundamentais dos réus-processados frente, de modo mais relevante, ao disposto no art. 5º, LVII/, da CF. Em outras palavras, o Estado estaria agindo de forma excessiva, restringindo direito fundamental amparado constitucionalmente. Na visão clássica (vedação de excesso, *übermaßverbot*), violaria o princípio da proporcionalidade.

Contudo, a abordagem não se esgota unicamente no prisma destacado. Na verdade, em nossa compreensão, a proporcionalidade se revela presente dentro de um espectro compreendido entre a vedação de excessos (*übermaßverbot*) e a vedação de inoperância, também chamada de proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*).

Carlos Bernal Pulido pondera objetivamente que⁷:

[...] La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción e las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente.

En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva se observan las exigencias del principio de proporcionalidad.

La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el *untermaßverbot*) de la doctrina alemana. *Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el pun-*

7 El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 126, 139-140.

to de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios.

Una abstención legislativa o una norma legal⁸ que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. [...]

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...]

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve. [...] (Grifos e destaques nossos)

Compreende-se fundamental destacar que o princípio da proibição de proteção deficiente não deve ser invocado *apenas* diante da análise da compatibilização vertical da Constituição e da norma criada (ou não criada: omissão) pelo legislador, mas também da própria interpretação/aplicação da norma pelo Poder Judiciário⁹. Como defende Hesse, “quanto mais conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente [incorporando o estado espiritual de seu tempo, tarefa da qual é incumbido o seu intérprete], tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua *força normativa*”¹⁰. Assim, essencial compreender e sedimentar que *a verdadeira força da Constituição dependerá de uma adequada interpretação de seu conteúdo material*.

Tecendo importantes considerações acerca do denominado princípio da proibição de proteção deficiente, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS¹¹, assentou que:

8 Já se adianta posicionamento, embora em seguida se traga a fundamentação: há se aplicar referida variante tanto na elaboração quanto na interpretação/aplicação das normas, legais e constitucionais.

9 Crê-se que esta também é a linha seguida por Canaris ao analisar o art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental alemã (1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e de a proteger. [...]) 3. Os *direitos fundamentais* que se seguem *vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente*).

10 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 20.

11 Tratando de recurso extraordinário interposto por réu condenado pelo delito de estupro com menor absolutamente incapaz, no qual se pugnava a extinção da punibilidade em razão do casamento do autor com a vítima, o Tribunal, por maioria, em sua composição plenária, conheceu e negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso. Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. Decisão proferida em 09.02.2006.

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, *caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado*, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio 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 advir 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 conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (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*, a. XXXII, n. 97, p. 180, mar. 2005)

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, a. XXXII, n. 98, p. 107, jun. 2005)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra

o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, a. XXXII, n. 98, p. 132, jun. 2005) (Grifos e destaques nossos)

Já em momento anterior a esse voto perante a Corte Suprema, o Ministro Gilmar Mendes também já se manifestara de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção¹²:

[...] A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos 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*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o *dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros*.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, *uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” (Gegner) para uma função de guardião desses direitos (Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant)*.

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundada nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o *Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais*.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermaßverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermaßverbot).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, *pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção*:

12 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, p. 131-142, n. 8, 2004.

- a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. *A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]* (Grifos e destaques nossos)

Novamente ocorrendo a Canaris (que, salvo melhor juízo, foi quem primeiro utilizou a expressão *proibição de insuficiência*¹³), cumpre referir que o doutrinador tedesco defende que:

[...] segundo a correcta jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o legislador ordinário dispõe, em princípio, na realização da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, de uma ampla margem de conformação. Esta, por sua vez, também não é de tal modo reduzida a partir do outro lado – isto é, pela *proibição de excesso* – que as exigências deste último coincidam com as da *proibição de insuficiência*.¹⁴

Em seguida, complementa que

a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do Direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o Juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional déficit de protecção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência.¹⁵

Como salientado, entendemos que tais premissas também devem ser utilizadas pela Suprema Corte na *interpretação* das normas insertas na Constituição, como no caso sob estudo. É dizer: na análise e explicitação do significado e extensão das normas (inclusive as constitucionais), deve o intérprete não só afastar conclusões que impliquem excessos em detrimento dos direitos

13 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 60.

14 Op. cit., p. 119.

15 Op. cit., p. 124.

fundamentais dos cidadãos (aí inclusos os réus em processos criminais), mas, também, deve zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema, que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais-gerais igualmente garantidos constitucionalmente.

De uma forma mais explícita, impende se reconhecer que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado *princípio da inocência*) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (*segurança social*¹⁶, derivada diretamente do fundamento constitucional da *cidadania*) e da efetividade do Poder Jurisdicional (evitando-se a prescrição, notadamente a intercorrente, e a impunidade por conseqüência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, as que regulam o direito penal). A sopesação para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado.

De fato, encontra-se estampado (inicialmente) no art. 5º da Constituição da República que devem ser garantidos pelo Estado, a todos os cidadãos, o direito – dentre outros – à *segurança*. Na seqüência, tem-se explicitado, no art. 6º, que também se enquadra nos direitos sociais o direito fundamental à segurança. Em complemento, colhe-se do art. 144 que a segurança pública – ao tempo em que se constitui em direito de todos – se constitui num dever fundamental do Estado, que deve exercer suas funções para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Estes dispositivos possuem altíssima carga valorativa ao intérprete constitucional, o qual não se pode ater a uma interpretação no sentido de que estas normas-princípios seriam direcionadas unicamente (ou então precipuamente) ao Estado-Executivo. Em nossa compreensão, são valores fundantes que vinculam toda a ação estatal. Reportando-se uma vez mais a Canaris, não há se olvidar (como também assentado na Constituição alemã) que os direitos fundamentais dos cidadãos vinculam o legislador e os Poderes Executivo e Judiciário como direito *imediatamente vigente*.

Nessa linha de raciocínio, o Estado-Judiciário também deve levar em conta que há, na aplicação dos direitos fundamentais (todos, individuais e sociais!), a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade.

Como já destacamos em outra oportunidade¹⁷, sendo a Constituição complexa e plural, demandando uma interpretação sistêmica mediante uma compreensão circular, há de se atentar para a advertência de Laurence Tribe e Michael

16 Também constante no preâmbulo da Constituição, embora cediço que as disposições nele constantes não têm o condão vinculativo na interpretação constitucional. De qualquer sorte, são um indicativo de reforço da tese ora defendida.

17 FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 42.

Dorf¹⁸, que destacam que o intérprete não pode incidir em duas falácias argumentativas fundamentais (*two interpretive fallacies*): a *dis-integration* e a *hyperintegration*. Incide-se na falácia da *dis-integration* quando se analisa a Constituição como sendo um feixe desconectado de princípios, valores e regras. A *hyperintegration* se verifica quando o intérprete tem uma visão limitada da amplitude do conjunto da obra constitucional, restringindo-se a compreendê-la como uma rede, porém sem qualquer costura, decorrente de nítida postura reducionista.

Deflui dessas considerações que uma interpretação constitucional mais consentânea deve considerar *todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas*, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

Verifica-se, portanto, que, com outra roupagem, afloram novamente questões, antes abordadas, atinentes à *Constituição garantista*: paralelamente à chamada proibição de excesso, um “garantismo negativo”, do Texto Constitucional derivam obrigações (inclusive ao intérprete constitucional) de que também as suas decisões não gerem uma desproteção dos bens jurídicos e interesses gerais e sociais, caracterizando-se, em outro bordo, a situação da proibição de proteção deficiente, verdadeiro “garantismo positivo”¹⁹. É dentro deste espectro que merece ser compatibilizado o problema da execução das penas (restritivas de direitos ou privativas de liberdade).

Retomando as premissas de Carlos Bernal Pulido, anteriormente analisadas, essencial ser mais enfático e objetivo para concluir que a exigência do exaurimento recursal das instâncias *extraordinárias* para se iniciar a execução de penas, no Brasil, importa violação ao princípio da proporcionalidade (mas pela proibição de insuficiência), porque tal posicionamento (partindo da interpretação *isolada* do art. 5º, LIV, da CF), em nossa compreensão:

- a) Fere a *idoneidade*, porque protege isoladamente (e de maneira supervalorizada individualmente) interesses únicos do réu que já foi condenado, sem que se favoreça minimamente a proteção dos interesses gerais e sociais, notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção especial, diante da (muitas vezes ocorrente) prescrição (intercorrente);

18 “In effect, we want to offer some negative observations about ways not to read the Constitution, before turning in the remaining chapters to the more affirmative project of reading the Constitution, against the backdrop of several actual as well as hypothetical cases. We have already rejected originalism as one way not to read the Constitution. Two additional ways not to read the Constitution are readily apparent; we will call them reading by dis-integration and reading by hyper-integration.” (Excerto do capítulo *How not to read the constitution*. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 20)

19 Nesse sentido, inclusive, em *nossa interpretação*, seria o pensamento do próprio Ferrajoli em sua obra *Garantismo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 42-43.

- b) Fere a *necessidade*, porque, pela interpretação sistêmica, há também, na própria Constituição, a previsão do *habeas corpus*, que é muito mais amplo e apto (eficaz) para a proteção, de forma mais objetiva e na máxima medida possível, dos direitos fundamentais dos réus-condenados que eventualmente tenham sido violados;
- c) Viola a *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o grau de favorecimento da norma invocada, isoladamente vista, é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o dever fundamental de o Estado agir de forma eficaz em detrimento daqueles que, mediante o devido processo legal, já restaram condenados criminalmente nas instâncias ordinárias (se não com possibilidade de revisão por um órgão colegiado, ao menos com a análise do fato imputado por mais de um Juiz – *prerrogativa de foro*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo que foi exposto, conclui-se que:

- a) A análise, *isolada* do contexto geral da Constituição, do conteúdo do preceito insculpido no art. 5º, LVII, da CF/1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) pode levar à conclusão (teórica, jurídica e fática) de que se revelaria impossível a execução da pena enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, inclusive as extraordinárias;
- b) A análise *sistêmica* do ordenamento constitucional permite afirmar que *não há violação* do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (*ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos*), notadamente porque há meio constitucional (*habeas corpus*) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger, de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível, os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal;
- c) Concatenando-se as previsões constitucionais, não há lugar para os excessos (em detrimento do cidadão-processado) nem para a inoperância/deficiência da prestação do serviço estatal (em detrimento dos interesses coletivos, relacionada diretamente com a eficiência e a garantia da segurança social e pública), encontrando-se, nesse

equilíbrio, verdadeira sistematização de preceitos que se revelam obedientes aos limites do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- _____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- COELLO NUÑO, Ulises. *La constitución abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.
- DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 4, n. 2, abr./jun. 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 42.
- FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.
- _____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, a. 1, n. 5, ago. 2001.
- _____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, p. 469-475, dez. 1994.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, 2003.
- STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. Da proibição de excesso (*übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.