

PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E DE EXCESSO DE PROIBIÇÃO: RESTRIÇÃO DE LIBERDADES CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL E A LEI N. 12.403/11

UNTERMASSVERBOT PRINCIPLE AND ÜBERMASSVERBOT PRINCIPLE: RESTRICTION OF CONSTITUTIONAL FREEDOMS IN CRIMINAL PROCEDURE AND THE LAW N. 12.403/2011

Fernanda Mambrini Rudolfo*

Resumo: Este artigo baseia-se na necessidade de se analisar cuidadosamente as medidas cautelares a serem aplicadas no direito processual penal, sempre sob o manto dos direitos assegurados na Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais por meios positivos e negativos. Não se questiona que tal proteção também é exercida por meio da aplicação de medidas cautelares. Nesse caso, é necessário considerar os princípios da proibição de excesso e de proteção deficiente, para justificar a escolha das medidas a serem determinadas em cada caso. Deve haver uma proteção estatal, mas é tarefa árdua estabelecer os critérios que a norteiam.

Pretende-se verificar a aplicação dos princípios supracitados no sistema processual penal brasileiro, especialmente quanto às medidas cautelares, por meio de análise da função do Direito Penal no Estado Direito, abordagem do duplo viés dos direitos fundamentais e liberdades constitucionais, considerações acerca da evolução da proporcionalidade aos conceitos de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição, esclarecimento da noção de processo penal democrático e da função de medidas cautelares.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estado democrático de Direito. Proporcionalidade. Princípio da proibição de proteção deficiente. Princípio da proibição do excesso de proibição. Medidas cautelares.

Abstract: This paper is based on the requirement of a careful analysis of the precautionary measures to be applied, beneath Constitution guard.

Ensuring the fundamental rights through active and passive ways is a duty of the Democratic State of Law. It is evident that this protection must be accomplished also by applying precautionary measures. In this case, it's necessary to take into consideration the following principles: *untermassverbot* and *übermassverbot*, in order to justify the conducts chosen to be criminally punished. The State must protect, but it is a hard charge to establish standards.

The purpose is to verify the application of the already mentioned principles in the Brazilian criminal system, by analyzing the criminal law's function in the State of Law, reviewing the double bias of fundamental rights and constitutional liberties, making considerations about *untermassverbot* and *übermassverbot* principles and explaining democratic criminal process and precautionary measures' function.

Keywords: Fundamental rights. Democratic State of Law. Proportionality. *Untermassverbot* principle. *Übermassverbot* principle. Precautionary measures.

*Mestre em Direito, Estado e Sociedade (UFSC); Servidora do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público de Santa Catarina; fernandamru@hotmail.com

Introdução

Este breve artigo encontra guarida na discussão acerca do caráter inquisitório ainda presente – mesmo que de forma velada – no sistema processual penal brasileiro, cujo Código data de 1941 e foi baseado no *Codice Rocco*, não obstante os direitos e liberdades assegurados pela Constituição Federal de 1988.

O desenvolvimento desta pesquisa passa, assim, pelo estudo da dupla face dos direitos fundamentais e, por consequência, do princípio da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição), que deve ser aplicado pelo magistrado ao proferir qualquer tipo de decisão, especialmente quanto à imposição de medida cautelar (tema de que trata a Lei n. 12.403/11, que tem como objetivo aumentar a eficácia da Constituição Federal).

É necessário, ainda, considerar o caráter penal frequentemente conferido às medidas cautelares, o inchaço do sistema carcerário e a arbitrariedade (comumente disfarçada de mera discricionariedade) exercida por alguns membros do Poder Judiciário.

A “ponderação” é, com frequência, utilizada para justificar a supressão de direitos fundamentais, sob o pretexto de haver maior ou menor relevância em determinado caso concreto, o que não se pode admitir no atual cenário jurídico, diante da consagração e da intangibilidade destes direitos.

Pode-se adentrar, também, na crise da teoria das fontes, com uma maior importância conferida às leis ordinárias em detrimento da Carta Magna, como ensejadora de uma proteção insuficiente ou de uma proibição excessiva.

Busca-se, dessa forma, analisar os direitos fundamentais em seu duplo viés, verificar a função das medidas cautelares processuais penais e os limites impostos pelas liberdades constitucionais à atuação estatal. A fim de verificar a possível inconstitucionalidade da aplicação das referidas medidas cautelares, deve-se discorrer a respeito da evolução do princípio da proporcionalidade até o conceito de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição, aplicando-os ao processo penal.

1 Direito penal no estado democrático de direito

Inicialmente, é necessário conceituar e definir o Estado Democrático de Direito, que constitui uma espécie de pano de fundo deste artigo, tendo em vista que a teoria constitucional garantista (com repercussão penal e processual penal) só tem espaço em seu cerne. Assim, apenas diante dessa concepção de Estado, seria possível constatar a evolução do princípio da proporcionalidade e a consequente ideia de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição, temas sobre os quais se tratará adiante.

Portanto, parece relevante iniciar a abordagem do tema transcrevendo as lições de Miranda:

Numa primeira noção, Estado constitucional significa Estado assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na colectividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da colectividade (de toda a colectividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia directa, em que inexistente tal dissociação.

Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção dos governantes. (MIRANDA, 2009, p. 35).

É consenso que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma política integral de protecção dos direitos fundamentais. Assim, o dever de protecção estatal não se restringe aos limites do sistema punitivo (protecção negativa, face mais conhecida do garantismo), atuando também positivamente. Streck (2009, p. 3, grifo do autor) esclarece que:

Isso decorre, obviamente, da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direcção de um constitucionalismo compromissório e social. É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de protecção negativa do Estado. Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar *a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de protecção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.*

O sistema penal é instituído na intenção de estabelecer um regime apropriado de aplicação e cumprimento das penas, de maneira a atingir os efeitos almejados (protecção dos bens jurídicos), que variam conforme o momento histórico em que se concretizam. Modernamente, a pena não visa (ao menos, não deveria visar) à imposição de um castigo, mas à readaptação do condenado à vida em sociedade (se ainda se considerar possível analisar o sistema penal sob o prisma “ressocializante”).

Sabe-se, contudo, que ocorre frequente contradição entre a doutrina penal e a teoria política do Estado Constitucional de Direito, como bem expõe Zaffaroni, ao dispor que:

Se, na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de *inimigo* e este é incompatível com o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.* (ZAFFARONI, 2007, p. 25-26, grifo do autor).

É inegável que o poder punitivo sempre discriminou, derivando da sua própria seletividade estrutural. Subsiste, assim, a distinção entre “cidadãos” e “inimigos”, de acordo com o perigo que apresentem ou o dano que causem. As modernas funções da pena são relegadas a um segundo plano, substituindo-se a concepção de Direitos Humanos pela ideia simplista de vingança, legitimadora da violência do poder e condicionante da hierarquização dos seres humanos.

A criminalização e a punição exacerbadas de determinadas condutas para atender aos anseios da população configura uma transformação regressiva no campo da política penal e vai de encontro ao processo de emancipação humana que se busca atualmente.

Ao passo em que se criminalizam, tanto no campo legislativo (criminalização primária) quanto no âmbito do Poder Judiciário (criminalização secundária), condutas supostamente dignas de maior reprovação, como aquelas consideradas hediondas pelo Constituinte (artigo 5º, XLIII, da Carta Magna), crimes que ferem gravemente bens jurídicos de grande importância, como os denominados crimes “do colarinho branco”, continuam sem tantas manifestações de relevância e necessidade de punição adequada.

Sobre o tema, Nilo Batista (2002, p. 149) aduz que “Isso, porque, sem sombra de dúvida, o sistema penal é constitutivo de representações e relações sociais, de políticas públicas, de discursos do poder e até mesmo de sua própria configuração lingüística, a lei penal.”

Constata-se, assim, a frequente ocorrência do fenômeno da diferenciação penal, em que o autor de atos considerados danosos à sociedade é tratado como coisa, diferente dos demais cidadãos. São os inimigos escolhidos de que cuida a obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, já mencionada.

Ao tratar do trabalho desenvolvido por Baratta, Andrade (2002, p. 200) salienta que “[...] evitando a tríplice atitude de tomá-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), o homem é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir.”

Ocorre que é justamente o oposto que vem sucedendo no Brasil e no mundo, ou seja, o autor de fatos tipificados como crimes (fatos especialmente selecionados) é considerado um não cidadão, com direitos diferentes daqueles de que dispõem os verdadeiros “seres humanos” daquela sociedade.

Batista (2002) arrolou quatro características do atual sistema penal brasileiro, quais sejam: a hipercriminalização (que se apresenta como uma solução, porém, meramente simbólica), a dupla face do sistema, a mudança nas finalidades da prisão (com caráter essencialmente neutralizante) e os novos papéis da mídia, que invocou o discurso do controle social penal (BATISTA, 2002, p. 154-155). Interessante destacar as considerações feitas pelo autor no que diz respeito à dupla face, expondo que:

Para os consumidores, alternativas à privação da liberdade, transação penal, suspensão condicional do processo, e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no shopping, com ou sem pulseira eletrônica. Para os consumidores falhos, sus-

peitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante. (BATISTA, 2002, p. 155).

É evidente que tal sistema persistirá incapaz de prover segurança jurídica, mormente porque o poder punitivo não pode ser o único que resta ao Estado. Faz-se mister, ainda, salientar, que a seletividade do sistema penal deriva da própria incapacidade operacional do sistema (seletividade quantitativa) e da especificidade da infração e das conotações sociais dos autores e vítimas (seletividade qualitativa) e tal processo de seleção tende a assegurar a manutenção de estereótipos de “criminosos”, que se perpetuam (ANDRADE, 1997, p. 266-277).

Muitas vezes, o próprio Poder Judiciário parece desprezar a realidade social em que se insere; a esse respeito, Batista argumenta que

A partir do momento em que o jurista desce da torre de marfim tecnicista, ele se depara com a formidável configuração que o sistema penal impõe à organização social: com sua seletividade, com sua função de vigilância, com os símbolos que engendra e põe em circulação, com a construção de estereótipos criminais, com as funções de vigilância, com as coisas suspeitas etc. (BATISTA, 2002, p. 153).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, originada em um período pós-ditadura, trouxe vários dispositivos com o propósito de resguardar as gerações vindouras dos acontecimentos que haviam recentemente ocorrido. Todavia, mais de duas décadas após sua promulgação, percebe-se que não se fez o bastante para alterar a realidade brasileira. Nesse sentido, extrai-se da obra de Streck e Feldens (2006, p. 19):

Passados quinze anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. Basta-nos, para tanto, verificar a ineficácia do *establishment* jurídico-penal na prevenção – e mesmo no combate – aos cognominados crimes do colarinho-branco.

Portanto, os meios colocados à disposição do Estado não passam de uma solução alegórica, conveniente em Estados que supervalorizam o poder punitivo, relegando aos demais poderes papéis secundários, e mantendo o jurista cada vez mais afastado da organização social que regula.

Nesse diapasão, extrai-se da obra de Zaffaroni (2001, p. 15, grifo do autor) que

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a

concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais.*

Assim, o sistema penal, ao identificar inimigos, seja mediante a edição de leis, seja com a sua própria inversão, presumindo-se a periculosidade e submetendo os “não cidadãos” a medidas de contenção, cria sociedades anômicas, baseadas no discurso do autoritarismo, com a alta seletividade do sistema repressivo e sem qualquer profunda convicção.

Como se pode constatar, persiste no atual cenário jurídico a seletividade do sistema penal, desde a fase legislativa até o processo e a execução penais, passando pelas medidas cautelares, que serão objeto de estudo mais aprofundado. Dessa forma, inúmeros direitos fundamentais são feridos pelo Estado, omissiva ou comissivamente, tornando-se indispensável a análise do tema com mais profundidade.

2 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais se originaram nas Revoluções liberais do século XVIII (destacando-se o movimento Iluminista) e estão, por esse motivo, ligados à noção de limitação jurídica do poder estatal. Sobre o tema:

Los derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado constitucional, del cual proceden. [...] constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad [...] (GRIMM, 2006, p. 77).

As garantias aos direitos fundamentais começaram a ser consagradas em virtude das revoluções burguesas ocorridas durante o século XVIII. Na Inglaterra, contudo, dois marcos do tema em apreço datam do século XVII: *Petition of Rights*, de 1628, e *Bill of Rights*, de 1689 (GRIMM, 2006, p. 87). Nos Estados Unidos, destacou-se a *Declaration of Independence*, de 1776 (GRIMM, 2006, p. 89), e, na França, a Resolução de 14 de julho de 1789 (GRIMM, 2006, p. 92).

Pode-se afirmar, no entanto, que a Alemanha foi o país em que os direitos de liberdade e igualdade, cujo cumprimento acontecia mediante a não intervenção estatal exigida pela burguesia, evoluíram de maneira mais notável.

A propósito, Dieter Grimm esclarece que:

Sin embargo, con las constituciones, posteriores a 1815, del sur de Alemania y de algunos otros pequeños estados alemanes, las cosas fueron distintas. Es cierto que ninguna de ellas, a diferencia de las de Francia o América, se consiguió por medio de la lucha revolucionaria de la burguesía; se trataba más bien de concesiones voluntarias de los príncipes que en ello, naturalmente, solían estar orientados por un conjunto de motivos referidos al Estado. No obstante, todas ellas comprendían catálogos de derechos de libertad e igualdad que superaban de manera considerable las concesiones del absolutismo ilustrado. (GRIMM, 2006, p. 95).

Em um primeiro momento, tratava-se apenas de fixar um limite à intervenção estatal, preservando a autonomia individual, o que atualmente a doutrina denomina direito fundamental de primeira geração.

Sobre o tema, destaca-se:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. [...] (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 267).

Com as mudanças sofridas pela sociedade no decorrer da história, surgiu a necessidade de ampliar a validade e a eficácia dos direitos fundamentais, que passaram por algumas revoluções. Nenhuma dessas expansões foi passageira ou fruto do acaso, mas sempre diretamente ligadas às condições que avultavam.

A primeira grande ampliação ocorreu quando o liberalismo (exigido em outro momento em contraposição ao absolutismo refutado) agravou o quadro de desigualdades sociais. Assim, fez-se necessária uma nova geração de direitos fundamentais, em que fosse garantida maior igualdade por meio de ações estatais:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. [...] Como conseqüência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração [...] (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 267).

Em fase mais recente, iniciou-se a defesa de bens de titularidade incerta, considerada difusa ou coletiva, o que se denominou direito fundamental de terceira geração:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 268).

Analisando-se as três gerações de direitos fundamentais, constata-se que o Estado, por meio de omissão ou atuação, deve sempre assegurar a concretização

mínima de tais direitos, o que serve como limite de sua interpretação, buscando reduzir ao máximo a discricionariedade, como esclarece Dieter Grimm:

La dogmática de los derechos fundamentales se ajusta aquí a la tarea de preparar el mínimo imprescindible de contenido positivo para cualquier derecho fundamental concreto: mínimo que forma, a la vez, el límite de la interpretabilidad de los componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales, así como de los límites competenciales entre política y justicia. Esto reduciría al mínimo el riesgo de discrecionalidad en la interpretación. (GRIMM, 2006, p. 173).

Destaca-se, assim, o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, de amplitude incomparável, havendo a possibilidade de se identificar e construir, até mesmo jurisprudencialmente, direitos fundamentais não escritos (ou constantes de outra parte da Constituição Federal, tratados internacionais etc.).

Como parte do rol de direitos fundamentais (sejam eles escritos ou não) dos ordenamentos jurídicos modernos, deve-se ressaltar o conceito de liberdade, que, muito embora seja um dos mais relevantes, é um dos menos claros. Pode-se afirmar que o direito à liberdade se apresenta como um direito à abstenção, seja do Estado, seja de particulares. Nesse diapasão:

Só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma “liberdade *negativa*”. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. (ALEXY, 2008, p. 222).

Destarte, para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessário apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa, omissiva. Para a garantia da liberdade é necessário, somente, um direito de defesa (justamente contra ações que vão de encontro à abstenção), porquanto a negação da liberdade não protegida é uma não liberdade.

Sabe-se que normas de direitos fundamentais são normas permissivas explícitas. Ademais, se uma liberdade está associada a um direito ou a uma norma, é – deve ser – protegida. Por conseguinte, toda liberdade fundamental existe ao menos em relação ao Estado e é resguardada, no mínimo, por um direito. Nesse sentido:

Uma liberdade de direito fundamental existe, então, quando uma alternativa de ação se torna possível *em virtude de uma norma de direito fundamental*. [...] Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 280-281, grifo do autor).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada após a redemocratização do país, de caráter analítico, pluralista e dirigente, inovou quanto aos direitos fundamentais. Até mesmo sua localização no texto constitucional demonstra a relevância dos preceitos. Acerca do tema, extrai-se da obra de Sarlet (2001, p. 77):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Os direitos fundamentais servem como parâmetro hermenêutico, pois se trata dos valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, de aplicabilidade imediata, com *status* jurídico reforçado e diferenciado.

Martins Neto (2003) assim conceitua os direitos fundamentais, relacionando (mas não igualando) a fundamentalidade e a imutabilidade:

Numa única linha, podemos então identificar os direitos fundamentais como *direitos subjetivos péticos*. Naturalmente, com isso não se quer sugerir que *fundamental* seja sinônimo de *pético*, porque de fato, no nível semântico corrente, *fundamental* quer dizer essencial, vital, indispensável e *pético* quer dizer resistente, duro, intrépido. O que se postula, no entanto, é que ambos os termos estão, um para o outro, numa relação essencial e determinante, de modo tal que somente serão *verdadeiramente fundamentais* aqueles direitos subjetivos imunizados contra o constituinte reformador por obra de uma *cláusula pétrea*. (MARTINS NETO, 2003, p. 87, grifo do autor).

Conclui-se, assim, que não é possível definir a fundamentalidade (causa) por sua intangibilidade, que é apenas o efeito da relevância conferida ao direito, mediante o adjetivo *fundamental*. Entretanto, a imutabilidade é essencial aos direitos fundamentais, para que se possa lhe conferir eficácia vertical e horizontal, mormente diante da noção garantista que vem dominando os Estados ocidentais. Nesse diapasão:

A definição dos direitos fundamentais como *direitos subjetivos péticos* coincide, ainda, com o *modelo garantista* que em geral caracteriza os ordenamentos jurídicos contemporâneos do mundo ocidental. Para Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito se caracteriza por uma dupla sujeição ao direito. De um lado, no plano da *racionalidade formal*, ele compreende normas formais respeitantes aos modos de produção jurídica; de outro, no plano da *racionalidade material*, ele contém normas substanciais, que condicionam a validade dos atos normativos produzidos. (MARTINS NETO, 2003, p. 91, grifo do autor).

Diante do exposto, verifica-se a consagração dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico atual, atribuindo-se-lhes o caráter de intangíveis e imutáveis. Alguns desses direitos são denominados *liberdades constitucionais*, tema ao qual o próximo item é dedicado.

3 Liberdades Constitucionais

Muito embora possa parecer incoerente separar as liberdades constitucionais dos direitos fundamentais em geral, trata-se de medida preponderantemente didática, visando a esclarecer ao máximo o conceito de liberdades constitucionais e, conseqüentemente, seus limites e restrições.

As liberdades, constitucionais ou legais, sempre serão expressas por meio de uma autorização normativa de agir, negativa ou positiva (de ação ou omissão). Para compreender seu conceito, é importante distinguir a liberdade sob o prisma factual daquela jurídica, o que faz com primazia Martins Neto, motivo pelo qual se mostra imperioso transcrever os seguintes excertos:

[...] sob a ótica da realidade meramente factual, pode-se concluir que livre é quem tem aptidão para fazer o que e conforme deseja em determinada circunstância em razão da ausência de impedimentos externos de caráter fático, sejam físicos, econômicos ou psicológicos, entre outras formas possíveis de constrangimento. Por isso, nesse sentido fático, enquanto a não-liberdade caracteriza-se como um não-poder de fato, a liberdade qualifica-se como um poder de fato, que se expressa pela capacidade efetiva do homem de agir de acordo com as determinações de sua vontade. (MARTINS NETO, 2006, p. 164).

[...] a liberdade, em sentido jurídico, caracteriza-se não como um poder de fato, mas como um poder *de direito*, que se exprime por meio de uma autorização normativa de agir, seja para agir conforme melhor aprover no espaço em branco deixado pela ausência de normas proibitivas e mandamentais impondo conduta diversa (liberdade jurídico-negativa), seja para agir (ou deixar de agir) de um modo coincidente ao admitido por normas permissivas (liberdade jurídico-positiva). (MARTINS NETO, 2006, p. 166).

Tem-se cogitado, contudo, a violação ou a restrição de liberdades, de modo *formalmente lícito*, muitas vezes mediante a ponderação de direitos, de forma absolutamente discricionária, para não se falar *arbitrária*. A respeito da liberdade de expressão, colaciona-se a lição que segue, cuja argumentação pode ser aplicada a outras liberdades constitucionais: “[...] apesar da garantia constitucional da liberdade de expressão, a possibilidade de o legislador ordinário pretender validamente reprimir determinadas comunicações não pode nunca ser totalmente afastada.” (MARTINS NETO, 2008, p. 35).

Acerca do tema, pode-se destacar o seguinte excerto:

Em sentido jurídico, a liberdade corresponde à ausência de obrigação de conduta ou, em termos mais rigorosos, à ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento. As normas jurídicas proibitivas impõem obrigações de não-fazer ou deveres negativos de conduta, ao passo que as

normas jurídicas mandamentais impõem obrigações de fazer ou deveres positivos de conduta. A norma que proíbe uma ação não autoriza a sua prática; a norma que ordena uma ação não autoriza a sua omissão. Nas duas situações, verifica-se que não existe autorização para adoção de uma conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) contrária à imposta, isto é, não existe liberdade, em sentido jurídico, para agir de modo diverso ao imposto. (MARTINS NETO, 2008, p. 25).

As liberdades constitucionais podem ser resumidas, portanto, à ausência de obrigação ou proibição, sem que se exija do cidadão qualquer ação ou omissão.

4 Proporcionalidade

A proporcionalidade, nesse contexto, exsurge como forma de resolver conflitos entre direitos fundamentais (preponderantemente classificados como princípios), mitigando um em detrimento do outro. Isso ocorre porque, não obstante o sistema dos direitos fundamentais, dentro da carta constitucional, seja separado e fechado (exigindo que seja tratado de forma absolutamente distinta dos demais preceitos), o Constituinte não previu expressamente possibilidade ou forma de restrição, como salienta Sarlet (2001, p. 69):

Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos de ampla aceitação no direito comparado.

Robert Alexy defende, assim, que a solução para conflitos entre a liberdade e outros direitos é a própria relativização da incompatibilidade com os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 391).

Não é recente a ideia de proporcionalidade como forma de resolver os conflitos entre direitos fundamentais, remontando à época de Cesare Beccaria, como se pode constatar na obra escrita em 1763:

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2003, p. 49).

É inevitável observar que a máxima da proporcionalidade está estreitamente conectada com a teoria dos princípios, em razão da necessidade de sopesar a relevância da aplicação de cada princípio no caso concreto. No modelo de princípios, é possível falar em restrição a direitos fundamentais; quanto às regras, somente pode haver restrição aos direitos fundamentais se forem compatíveis com a Constituição (justamente em virtude da hierarquia constitucional conferida aos direitos fundamentais). Os princípios podem restringi-los, mas, de acordo com alguns

autores, é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e aquele que o restringe. Observe-se, a esse respeito, o seguinte excerto:

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face dos princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. (ALEXY, 2008, p. 295-296).

Acerca do tema, cabe destacar a seguinte lição:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 356-357).

Importante mencionar, ainda, os ensinamentos de Dieter Grimm:

El descubrimiento del principio de proporcionalidad y el despliegue del contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales se han mostrado como las innovaciones de mayores consecuencias en la dogmática de los derechos fundamentales de la posguerra. Pero, a la vez que el principio fundamental de proporcionalidad progresa en el marco de la conocida defensa negativa de los derechos fundamentales y se refuerza decisivamente el poder defensivo de éstos contra las intromisiones del Estado en la libertad, la comprensión jurídico-objetiva abre a los derechos fundamentales un área de aplicación enteramente nueva. De esta interpretación de los derechos fundamentales se derivan, de forma paulatina, su irradiación a las relaciones de derecho privado, la denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los individuos frente al Estado, el deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales, las garantías procesales de los procesos estatales de decisión de los que puedan derivarse perjuicios para los derechos fundamentales, los principios de organización de las instituciones públicas y privadas en las cuales los derechos fundamentales se hacen valer según el principio de la división de funciones; y aún serían posibles nuevos pasos. Así, los derechos fundamentales, en primer lugar, no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social; en segundo lugar, se desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal. (GRIMM, 2006, p. 155-156).

Assim, poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais são restrições às suas próprias “restrição” e “restringibilidade”, limitando-se esta restringibilidade (e a consequente e necessária restrição) à existência de princípios colidentes em determinado caso.

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. (ALEXY, 2008, p. 297-298).

Constata-se, por conseguinte, que a garantia do conteúdo essencial não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Basta, de acordo com Alexy, que as razões que justifiquem a afetação de um direito tenham a mesma relevância que o “desequilíbrio” causado. Para o autor, “A lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente.” (ALEXY, 2008, p. 352).

Todavia, a noção de proporcionalidade (ponderação ou sopesamento) apresentada por Alexy é maculada pela discricionariedade. Não se trata de subsunção das normas ao caso concreto, mas de discricionariedade do legislador ou do próprio aplicador do direito, encobrindo a compreensão, motivo pelo qual não se mostra suficiente e adequada sua aplicação.

Observe-se que o próprio autor admite a ocorrência de discricionariedade para a resolução das questões:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário. (ALEXY, 2008, p. 611).

Gomes (2003, p. 209), que vislumbra a proporcionalidade como critério mínimo de legitimação, aborda o garantismo somente em sua face negativa, como se pode observar no seguinte trecho de sua obra:

[...] a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessária tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames. Por fim, resta observar que o princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que oriente a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos. (GOMES, 2003, p. 59-60).

Não é incomum encontrar esse tipo de interpretação, pois o garantismo tradicional trazia apenas um aspecto negativo, *absenteísta*. Nesse diapasão, impende destacar:

Para a teoria garantista tradicional, o poder punitivo vem limitado pelo critério que busca a intervenção mínima e, a partir disso, uma máxima proteção das liberdades, entendida aqui em um sentido da proteção dos bens jurídicos do cidadão. Por isso, só se pode restringir a liberdade do indivíduo, proibindo determinadas condutas, quando esta transcenda para a liberdade dos demais cidadãos. (STRECK, 2009, p. 90).

Paulo Bonavides esclarece a confusão feita entre o princípio da proporcionalidade e apenas uma de suas facetas: o princípio da proibição do excesso de proibição (*übermassverbot*) – face negativa do garantismo –, motivo pelo qual, atualmente, é mais recomendada a utilização da expressão *Verhältnismässigkeit*:

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende por conseguinte, instituir, como acentua Gentsch, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso (“*eine Übermasskontrolle*”).

A locução “vedação de excesso”, ou seja, *Übermassverbot*, teve a preferência de importantes juristas desde Jullinek, em clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus Stern, Hoffman-Becking, Kloepfer, H. Liesegang e Selmer, entre outros. (BONAVIDES, 2003, p. 403).

Com o avanço da proporcionalidade e a superação da ideia clássica de proteção, apenas dos bens jurídicos frente ao Estado, surge um novo paradigma quanto à eficácia dos princípios constitucionais. Tal análise deve ser feita também no âmbito do Direito Penal, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, manifesta-se Streck (2009, p. 65, 73-74).

O princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.

[...] devemos diferenciar a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, enquanto empregado para o controle de in-

tervenção aos direitos fundamentais, a partir de duas vertentes: de defesa ou de prestação. A primeira, de acordo com a orientação clássica da proibição de excesso (*Übermassverbot*), a segunda, identificando-se com a proibição de infraproteção (*Untermassverbot*).

De acordo com a mais renomada doutrina, a proporcionalidade engloba os subprincípios da adequação (ou idoneidade), da necessidade e da estrita proporcionalidade, pressupondo fins e meios adequados para a proteção dos bens jurídicos (uma espécie de equanimidade). Percebe-se, assim, que o princípio da proporcionalidade é uma construção teórica aplicável a todo o direito e implícito na Constituição Federal de 1988 (observem-se os expressos postulados de justiça, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana). Partindo-se dessa concepção, é forçoso concluir que o princípio em estudo não deve ser aplicado apenas com o objetivo de tolher os poderes do Estado, como se abordará a seguir.

5 Princípios de proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição

O princípio da proporcionalidade poderia se confundir com a origem da expressão “proibição de excesso de proibição”, tendo em vista que, inicialmente, era aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos eventualmente cometidos pelo Estado. No decorrer da história, outra perspectiva despontou: o garantismo positivo, ou seja, a proibição de proteção estatal deficiente.

Nesse sentido, extrai-se da obra de Streck (2010, p. 8):

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).

Ainda no que se refere aos princípios em estudo, o autor trata da ampliação das funções estatais, destacando a proibição de abstenção ou omissão do Estado, quando deveria prevenir e reprimir, a fim de assegurar os direitos fundamentais. Trata-se, pois, da “outra” face dos direitos fundamentais (garantismo positivo), conforme resume o seguinte excerto:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. [...] Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivizar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo.

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. [...] Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção. (STRECK, 2009, p. 3-4).

Destaca-se, também, a seguinte afirmação de Branco, Coelho e Mendes (2009, p. 367):

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

Schlink observa, porém, que se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engerem Sinn*).”

Dado o conceito dos princípios de proibição de excesso e de proteção deficiente ou insuficiente, pode-se concluir que o Estado, por meio das criminalizações primária e secundária, deve ter sua atuação norteadas pelo que ensina o movimento garantista (negativa e positivamente), assegurando o pleno gozo dos direitos fundamentais em seu duplo viés.

O grande precursor da aplicação do princípio da proporcionalidade também como proibição de proteção deficiente por parte do Estado foi o Tribunal Constitucional Federal alemão. A respeito do tema, Streck (2009, p. 6) esclarece que

Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Busca-se salientar, neste artigo, a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de aplicação dos referidos princípios no direito processual penal, tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito, servindo a Constituição (que consagra os direitos fundamentais, explícita ou implicitamente) como limitadora do sistema e da atuação estatal. Nesse diapasão, Maria Luiza Schäfer Streck (2009, p. 89) argumenta que

Destarte, deparamo-nos com um princípio que opera tanto no momento da criação do direito, através do poder legislativo, como no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais. Nesse sentido, afirma-se que a proibição de excesso pode ter relevância em três formas distintas em ordem de penalização: em primeiro lugar, uma determinada figura delitiva, como tal, em sua extensão, pode afetar a proibição de excesso; em segundo, o marco penal abstrato não está em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode advir das decisões proferidas pelos aplicadores do direito.

[...]

Conforme isso, segue o autor, é a Constituição que impõe os limites para a intervenção penal na luta contra o delito, devendo o Estado respeitá-los ao exercer seu poder punitivo. Assim, as limitações do Direito Penal provenientes da tradição da Teoria do Direito Penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem, em última instância, da mesma fonte: uma fundamentação do Direito Penal e da pena baseada nos direitos fundamentais.

Ainda no que se refere ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, positiva e negativamente, extrai-se da obra de Machado (2008, p. 85, grifo do autor):

Saliente-se, agora, que o reconhecimento dessa faceta de garantismo positivo (*proibição de proteção insuficiente*) na tutela penal do Estado traz ao centro da problemática – também no campo penal – a questão tocante com o entrelaçamento de valores fundamentais (a tensão entre direitos e garantias fundamentais do cidadão) e os meios de sua solução (na acepção de *adequação, harmonização ou relativização*; como se prefira).

Ao abordar a proporcionalidade em sentido estrito (que deve ser entendida também em seu duplo viés, conforme se vem reforçando), Gomes (2008, p. 193) destaca sua concretização por meio da aplicação da pena pelo juiz:

A par do momento de cominação penal abstrata, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito incide ainda no instante de aplicação da pena pelo juiz. É o que se denomina de proporcionalidade *concreta* ou *judicial*, e da qual decorre que a pena aplicada ao autor da infração penal tem que ser proporcional à gravidade do fato delituoso praticado.

Da mesma forma, é possível afirmar que tal princípio deve ser sopesado no momento da definição de medidas cautelares processuais penais a serem aplicadas em determinados casos, partindo-se da noção de *processo penal constitucional* ou *democrático*, ou seja, tratando-se o processo como mero instrumento para concretização dos direitos fundamentais e da própria democracia.

6 Processo penal democrático

A ideia de processo penal em um ordenamento jurídico pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, incompatível com o sistema inquisitório, o que também influencia a definição de bem jurídico em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, o Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1941, ainda contém resquícios de uma noção bastante distorcida de investigação, acusação, defesa e processo.

Atualmente, não se pode mais invocar o princípio da proporcionalidade para resolver o “suposto” conflito entre interesse público e interesse individual: direitos individuais não podem ser sacrificados, pois o processo penal deve ser um instrumento para a realização da democracia.

Nesse sentido:

A pretensão processual é uma declaração petítória ou afirmação de que o autor tem direito a que se atue a prestação pedida. É, no processo penal, *uma declaração petítória de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal*. Por isso, é uma pretensão acusatória conforme explicaremos mais detidamente na continuação. Não é um direito subjetivo, mas uma consequência jurídica de um estado de fato (lesão ao bem jurídico) ou um estado de fato com consequências jurídicas. Mas, é um direito potestativo, o poder de proceder contra alguém diante da existência de *fumus commissi delicti*. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 128).

Na jurisdição, o fim não pode justificar os meios, como ocorre com frequência em nosso ordenamento. Ademais, deve-se lembrar que não basta o processo penal ser pautado pelos princípios democráticos se a seleção dos bens jurídicos tutelados desrespeitar os direitos fundamentais, mas essa é outra discussão, a que não se pode ater no momento.

É necessário, ainda, salientar, que no processo penal não se trata de categorias estanques, de fatos induvidosos e de relações estáveis. O processo é dinâmico como a sociedade, mais ainda o processo penal, pelas características que lhe são inerentes. A respeito do tema, Lopes Júnior (2003, p. 19-20, 33-34, grifo do autor) esclarece:

O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhes são inerentes.

O contraste entre a dinâmica social e a processual exige uma gradativa mudança a partir de uma séria reflexão, obviamente incompatível com o epidérmico e simbólico tratamento de urgência. O processo nasceu para retardar a decisão, na medida em que exige tempo para que o *jogo* ou a *guerra* se desenvolva, segundo as regras estabelecidas pelo próprio espaço democrático. Logo, jamais alcançará a hiperaceleração, o imediatismo característicos da virtualidade.

Constata-se, todavia, que o processo penal estagnou no tempo, mormente com a manutenção de institutos predominante inquisitórios, como se extrai do artigo de Coutinho (2003, p. 127, grifo do autor):

O novo, como se sabe, tem como inimigo mortal as velhas práticas, isto é, as verdades consolidadas. Daí impor uma batalha diuturna, registrada na História em inúmeras passagens. Em todos os casos, porém, é objeto de tenaz *resistência*. Escravizam-se as mentes ao passado para estabelecer obstáculos intransponíveis ao presente e à construção de um futuro diferente e melhor. Por isso, sem ruptura o futuro se inscreve como sombrio.

O Direito, não pela tradição mas pelo apego a um imaginário de *segurança jurídica* – que sempre foi falso –, é uma das matrizes da *resistência*. Os ditos *operadores jurídicos* não têm conseguido domar a *dogmática jurídica* para, a partir dela e pela *crítica*, produzir um saber *interdisciplinar* e *transdisciplinar*. Deste modo, tem-se operado, no Brasil, com um saber fixado pelo descompasso entre o novo e o velho, com prevalência deste.

Importante destacar a obra de Lopes Júnior (2011, p. 50, grifo do autor) que trata especificamente de uma visão constitucional do processo penal:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ção), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.

Cuida-se, pois, de uma visão moderna do direito processual penal, em que este é compreendido como instrumento de concretização de preceitos constitucionais. Evidentemente, as medidas cautelares não podem ser excluídas dessa compreensão, especialmente porque se trata de instituto que visa a proteger precipuamente o processo em si.

7 Medidas cautelares

São medidas cautelares todas aquelas que visam a assegurar o regular andamento do processo, conforme esclarece Feitoza (2009, p. 830-831):

A intervenção no direito fundamental de liberdade somente se justificará constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o *interesse público* para o qual foi instituída (por exemplo, proteger a efetividade do processo penal).

Devem estar presentes, pois, o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito material, que, no processo penal, deve ser denominada *fumus commissi delicti*) e o *periculum in mora* ou, mais adequado, *periculum libertatis*.

Sua aplicação baseia-se, em geral, nos princípios da proporcionalidade (sobre cujo desdobramento se tratará no decorrer do trabalho), da necessidade, da liberdade e da inocência.

Lopes Júnior (2011), de outra forma, arrola os seguintes princípios das prisões cautelares: jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 62-75).

Quanto à proporcionalidade, o Código de Processo Penal, após a alteração realizada pela Lei n. 12.403/11, assim determina:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - *adequação* da medida à *gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais* do indiciado ou acusado.

Constata-se que o legislador consagrou o princípio da proporcionalidade (entendido como o binômio necessidade e adequação das medidas a serem aplicadas), previsto implicitamente na Constituição Federal e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais.

Bonfim (2001) afirma, contudo, tratar-se de um trinômio, nos seguintes termos:

Conforme se depreende da análise dos pressupostos, existe um juízo escalonado e sucessivo para a apreciação das medidas cautelares. Tais medidas pautar-se-ão pelo binômio necessidade/adequação, em um primeiro momento, vez que devem ser suficientes para evitar a prática de infrações penais e, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação da lei penal, bem como devem ser adequadas à finalidade para que sejam instituídas.

Seguidamente ao juízo de adequação, deve-se questionar da gravidade do crime, circunstâncias de fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, evitando-se a imposição de medidas desproporcionais e desarrazoadas. Logo, não se fala exatamente em “binômio”, mas em um “trinômio” de requisitos. (BONFIM, 2001, p. 30).

Ademais, necessário salientar que o fim ao qual a medida deve se adequar necessita ser aquele que *detenha legitimidade constitucional e relevância social* e que a violação ao princípio da proporcionalidade caracteriza a nulidade do ato.

Deve-se atentar, contudo, ao fato de que a proporcionalidade não se restringe à proibição de excesso, muito tratada na doutrina e na jurisprudência. Muitas vezes, é mais importante se aplicar o outro viés desse princípio, também de forma a garantir a plenitude dos direitos fundamentais: a proibição da proteção deficiente (e é justamente esse o tema que se pretende desenvolver no presente trabalho).

Voltando aos requisitos para aplicação correta das medidas cautelares, Polastri (2010, p. 543-545) afirma que “[...] as cautelares penais deverão ter características fundamentais, que são indicadas, quase à unanimidade, pela doutrina, e a elas se agregam outras específicas”: acessorialidade; preventividade; instrumentalidade hipotética; provisoriedade; revogabilidade; não definitividade; referibilidade; e jurisdicionalidade.

Frise-se que o processo penal tem categorias próprias, o que inviabiliza a aplicação da Teoria Geral do Processo, voltada especialmente ao processo civil.

Deve-se evitar, assim, um discurso semelhante ao da esquerda punitiva, conforme esclarece Karam (1996, p. 80):

Parecendo ter descoberto a suposta solução penal e talvez ainda inconscientemente saudosos dos paradigmas de justiça dos velhos tempos de Stalin (um mínimo de coerência deveria levar a que em determinadas manifestações de desejo ou aplauso a acusações e condenações levianas e arbitrárias se elogiassem também os tristemente famosos processos de Moscou), amplos setores da esquerda aderem à propagandeada ideia que, em perigosa distorção do papel do Poder Judiciário, constrói a imagem do bom magistrado a partir do perfil de condenadores implacáveis e severos.

Assim, o conceito mais relevante para os fins a que visa este trabalho, cujo objetivo é compatibilizar o Código de Processo Penal e sua aplicação com a Constituição Federal, encontra-se na seguinte disposição:

Destaco dois pontos muito relevantes na Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011:

- a adoção do modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva;
- a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então.

[...]

Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial-encarceradora dominante. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 55).

É inegável, portanto, que os princípios de proibição de excesso de proibição e de proteção deficiente devem ser aplicados no momento da definição da medida

cautelar cabível. Não se pode admitir que direitos fundamentais do indiciado ou acusado sejam feridos a fim de preservar o regular andamento do processo. Por outro lado, também não se pode ferir os direitos fundamentais dos demais cidadãos por meio da omissão quanto à medida cautelar cabível.

Para ilustrar a primeira situação, cita-se o *Habeas Corpus* n. 70043931617, julgado em 11 de agosto de 2011 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, em que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes foi utilizada como fundamento para a manutenção da prisão cautelar.

Quanto à hipótese de proteção estatal insuficiente, pode-se destacar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (*Habeas Corpus* n. 2011.051022-0, julgado em 1 de agosto de 2011, Relator Desembargador Jorge Schaefer Martins), que substituiu a prisão preventiva pela proibição de manter a atividade comercial (como se o estabelecimento fosse pré-requisito ao cometimento do delito de receptação) e pelo recolhimento durante a noite e os dias de folga (partindo-se do pressuposto de que o acusado exercerá outra atividade, legal, no decorrer do processo). Não houve sequer a imposição de fiança, o que parece caracterizar proteção estatal deficiente, não obstante seja a prisão preventiva agora a *ultima ratio*.

Conclusão

De acordo com o que se busca demonstrar durante este artigo, é indispensável, dentro de um Estado Constitucional de Direito, aplicar a dupla face dos direitos fundamentais também durante o processo penal, mormente no que diz respeito às medidas cautelares, diante de seu caráter provisório.

A Lei n. 12.403/11 alterou o Código de Processo Penal, prevendo algumas alternativas ao cárcere e consagrando a natureza cautelar de toda espécie de prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, fica evidente a necessidade de se respeitar a Constituição Federal ao aplicar medidas cautelares e ao definir os critérios que norteiam o magistrado, com a finalidade de determinar uma ou outra.

O Código de Processo Penal vigente remonta à primeira metade do século passado (1941), ou seja, foi elaborado no bojo de uma cultura jurídica que partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, sem se preocupar com os direitos fundamentais afetados. Com o advento da Constituição Federal de 1988, esse diploma tornou-se absolutamente despropositado em alguns aspectos, motivando a edição de leis que atualizem sua redação e o ajustem à nova ordem constitucional.

Nessa linha, a lei em discussão, que trata das medidas cautelares –entre elas, a prisão preventiva –, tem como objetivo justamente adequar o processo penal brasileiro aos princípios constitucionais, respeitando os direitos fundamentais do indiciado ou acusado, bem como dos demais cidadãos, e da sociedade como um todo.

Assim, uma vez que a escolha das medidas cautelares a serem aplicadas (inclusive a prisão preventiva, que é apenas balizada pelo limite abstrato da pena) fica a cargo do magistrado, este estudo busca apresentar elementos que demons-

trem os limites da possibilidade de aplicação dos princípios da proibição do excesso de proibição e da proteção deficiente.

Em outras palavras, trata-se da teoria constitucional garantista como modelo normativo e como sistema de limites impostos aos poderes estatais, para que o Estado não aja ou se omita de forma a deixar de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Trabalha-se, portanto, com a hipótese de que, diante das alterações promovidas no Código de Processo Penal, pela Lei n. 12.403/11, com a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, devem ser observados com mais cautela os princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição, exercendo o Estado o papel de garantidor, positiva e negativamente, a fim de evitar arbitrariedades judiciais.

Destarte, muito embora se tenha acabado com a dicotomia *prisão preventiva versus liberdade provisória*, a aplicação de outras medidas cautelares (ou a omissão quanto a uma possível substituição) também pode ferir direitos fundamentais, tolhendo indevidamente liberdades individuais, seja a liberdade da vítima, seja a do acusado/indiciado.

Veja-se, por exemplo, o caso de recusas apenas genericamente motivadas (*manutenção da ordem pública*) de relaxamento da prisão e substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es). O clamor social e a gravidade abstrata do delito não estão aptos a suprimir a liberdade do acusado, impondo-se a substituição por medida cautelar suficiente a atingir os objetivos do processo, diante da inexistência de condenação, mesmo em caso de flagrância.

Por outro lado, deve-se destacar que, mesmo no caso de aplicação de medidas cautelares alternativas, é possível aventar a hipótese de desrespeito aos princípios, objeto de estudo. Observe-se a hipótese de acusados pela prática de receptação qualificada (utilização de estabelecimento comercial para receber e revender inúmeros bens oriundos dos mais diversos locais, frutos de crimes praticados com violência e dos quais o acusado tinha plena ciência), cujas provas colhidas durante a investigação policial demonstram se tratar de agentes organizados à prática criminosa, ultrapassando a mera tipicidade da receptação e demonstrando a necessidade de aplicação de medida cautelar mais grave, objetivando evitar a prática de novas infrações durante o interregno em que transcorrer o processo e também a aplicação da lei penal, que pode restar prejudicada com a soltura dos acusados.

De fato, pode haver situação em que tal restrição (ou outras decorrentes das novas medidas cautelares arroladas pelo legislador nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal) seja exagerada, ferindo direitos fundamentais e mitigando indevidamente liberdades individuais. No entanto, no caso em análise, vislumbra-se a hipótese de insuficiência no exercício do papel do Estado.

Fica, por fim, a celeuma quanto à possibilidade de haver restrições autorizadas, passíveis de admissão, ou se sempre ocorrerá violação das liberdades. Neste caso, aventa-se a hipótese de que as regras processuais (previstas na legislação ordinária) podem confrontar e ferir gravemente direitos materiais constitucionalmente protegidos.

À luz da necessidade de o Estado assegurar o cumprimento da legislação penal, não se pode evitar que se recorra a medidas cautelares e, portanto, a restrições legalmente autorizadas. Diante dessa situação imposta (muito embora se admita ser contestável, há a consciência de que uma alteração fática levaria um tempo considerável ou jamais ocorreria), resta exigir que também nesse momento o papel de garante seja devidamente observado, atentando-se aos princípios de proibição de excesso de proibição e de proteção deficiente e, por conseguinte, respeitando-se ao máximo os direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O projeto de justiça criminal do novo governo brasileiro. In: BONATO, Gilson. *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Belo Horizonte: Impetus, 2009.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.

_____. Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias. In: BONATO, Gilson. *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal. A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Verbatim, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

_____. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. *Revista Seqüência*, n. 53, p. 163-172, dez. 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POLASTRI, Marcellus. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como*

não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 25 mar 2010.

_____. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 ago. 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Data da submissão: 9 de fevereiro de 2012
Avaliado em: 26 de março de 2012 (Avaliador A)
Avaliado em: 27 de março de 2012 (Avaliador B)
Aceito em: 14 de maio de 2012