

A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico

LENIO LUIZ STRECK ^(*)

“... a segurança pessoal é uma variável das mais importantes a serem consideradas nas estratégias de respeito aos direitos humanos. E segurança – tanto quanto saúde, educação, trabalho, etc. – é um benefício que um Estado democrático deve aos seus cidadãos. Sem ela, voltamos ao chamado “estado de natureza” – que talvez seja menos idílico do que pintaram os contratualistas da nossa predileção. Ou seja: lemos tanto ROUSSEAU, que esquecemos HOBBS...”

LUCIANO OLIVEIRA, in: “Segurança: um direito humano para ser levado a sério”. – *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* n. 11 – UFPE.

1. Considerações iniciais: situando o problema

O conteúdo do debate acerca de qual sentido que deve tomar, no interior do Estado Democrático (e Social) de Direito, o modelo penal e processual penal brasileiro tem mantido acesa uma celeuma filosófica – ainda que não explícita, a partir de dissensos que envolvem concepções de vida e modos-de-ser-no-mundo centrados nas mais diversas justificações materiais e espirituais. O substrato de fundo destes embates, entre tradições de pensamento tão diversas, e em grande parte dos assuntos antagônicos, revela uma contraposição ainda mais fundamental consistente em um conflito quanto à hierarquia axiológica revelado de modo mais manifesto no projeto de Estado Democrático de Direito.⁽¹⁾

Estes conflitos que estão positivados no texto constitucional revelam uma característica fundamental das sociedades contemporâneas: o alto grau de relativismo que está encerrado em seu conjunto. E nelas, utilizando as idéias de

⁽¹⁾ A crise do direito penal é abordada com mais especificidade em texto que escrevi em conjunto com ANDRÉ COPPETI, para o qual remeto o leitor (STRECK, Lenio Luiz e COPPETI, André. “O Direito Penal e os Influxos Legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?” *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS*. São Leopoldo, 2003, pp. 225-295. Alguns conceitos foram trasladados daquele para este. Consultar, também, STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

ZAGREBELSKY, a Constituição não tem a tarefa de estabelecer diretamente um projeto determinado de vida em comum, *mas de realizar as suas condições de possibilidade* ⁽²⁾.

Não obstante a exigência desta função de unidade a ser cumprida pela Constituição, quando se adentra o campo da produção normativa infraconstitucional, e particularmente de um modelo penal como o brasileiro, que nos últimos tempos sofreu ampliações relevantes quantitativa e qualitativamente, é fácil notar:

a) uma certa dificuldade de coexistência de certos princípios e valores tradicionalmente imputados ao direito penal pelas vertentes liberais-iluministas, caracteristicamente individualistas,

e

b) uma outra gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à tutela de bens não individuais.

Eis o problema. A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, *a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente*. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. *É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados*, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado ⁽³⁾.

A atual configuração do modelo penal brasileiro, em função do surgimento gradual de uma série de leis que determinaram o deslocamento do seu foco de tutela de bens individuais para bens coletivos, distancia-se – ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de um “minimalismo garantístico” – de um padrão de intervenção mínima, e coloca, pelos menos hipoteticamente, a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas em não desprezível parcela pela aplicação da lei penal.

⁽²⁾ Cfe. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 13.

⁽³⁾ Ver a respeito ZAGREBELSKI, *op. cit.*, pp. 14-17.

Dito de outro modo: enquanto predominou o interesse liberal-individualista na persecução penal, as classes mais abastadas da sociedade brasileira mantiveram-se em uma situação extremamente confortável em relação aos estratos sociais economicamente mais carentes, pois praticamente apenas as condutas das parcelas mais pobres e exploradas da população que não tinham função alguma na reprodução e manutenção de uma determinada ordem sócio-econômica, eram, e ainda em grande parte continuam sendo, destinatárias da aplicação de alguma norma penal incriminadora. De todo modo, é possível dizer, sem maiores rodeios, que o direito penal brasileiro, por ainda guardar característica liberal-individualista na proteção dos bens jurídicos em país com distâncias sociais tão significativas, continua com forte cheiro de direito penal de classe, ou seja, suas baterias continuam apontadas na direção dos setores mais desfavorecidos da sociedade.

Já contemporaneamente, as condutas que, regra geral, somente podem ser praticadas por quem possui uma quota considerável de patrimônio individual, e constituem-se como indesejáveis por violarem bens e interesses de natureza coletiva, compõem um novo quadro de comportamentos cuja caracterização delituosa ainda encontra sérias resistências, especialmente por alguns setores da dogmática tradicionalmente comprometidos com a proteção única e exclusiva de interesses individuais.⁽⁴⁾ Isto revela uma face do conflito pelo poder instalado no cerne do direito penal, que se traduz num embate de paradigma, cuja superação põe-se, historicamente, como tarefa fundamental.

O paradigma a ser superado – que pode ser denominado de liberal-individualista-iluminista – compõe-se, paradoxalmente, de tudo o que a tradição liberal-iluminista nos legou: direito penal para ser utilizado no combate às condutas lesivas ao indivíduo e ao seu patrimônio individual, questão que igualmente está presente nos demais ramos do direito. Daí a crise: o direito (em especial o penal), está apenas preparado para resolver conflitos inter-individuais entre Caio e Tício,⁽⁵⁾ onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima. Assim, se Caio (*sic*) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (*sic*), ou Caio

⁽⁴⁾ Isto para dizer o mínimo. Não se pode, contudo, desprezar outro componente que sustenta o que se pode denominar de crise do modelo liberal-iluminista-individualista-normativista de Direito: a metafísica equiparação que faz a dogmática jurídica entre vigência e validade, o que, sobremodo, enfraquece a filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal. Nesse sentido, consultar STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.*, em especial cap. 5.

⁽⁵⁾ Uma observação necessária: os personagens “Caio, Tício, Mévio (a)” são aqui utilizados como uma crítica aos manuais de Direito, os quais, embora sejam dirigidos – ou deveriam ser – a um sistema jurídico (brasileiro!) no interior do qual proliferam Joãos, Pedros, Antonios e Josés, Marias, Terezas, teimam (os manuais) em continuar usando personagens “idealistas/idealizados”, desconectados da realidade social. Registre-se que até mesmo no provão do MEC os personagens Caio e Tício (re)apareceram... Isto decorre de uma cultura estandardizada, no interior da qual a dogmática jurídica trabalha com *prêt-à-porters* significativos. Há uma proliferação de manuais, que procuram “explicar” o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais (portanto, metafísicos). Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 25 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda

(sic) furtar um botijão de gás ou o automóvel de Tício (sic), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. No primeiro caso, a resposta é singela: é esbulho, passível de imediata reintegração de posse, mecanismo jurídico de pronta e eficaz atuação, absolutamente eficiente para a proteção dos direitos reais. No segundo caso, a resposta igualmente é singela: é furto (simples, no caso de um botijão; qualificado, com uma pena que pode alcançar 8 anos de reclusão, se o automóvel de Tício (sic) for levado para outra unidade da federação).

Ou seja, nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter significativo* contendo uma resposta pronta e rápida! Mas, quando Caio (sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio (sic) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, sem esquecer os “segredos da CPI do Banestado”, etc.),⁽⁶⁾ os juristas pátrios só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito.

hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto mar, onde duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!) Cabe, pois, a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo “menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa?” Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...! Na mesma linha: em recente concurso público no RS, perguntou-se: Caio quer matar Tício, com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (e, pasmem, com veneno!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (não fica explicado em que circunstância Tício – com certeza um idiota – bebe as duas porções de veneno). Em consequência da ingestão das meia-doses, Mévio vem a perecer... E o concurso indagava: qual a solução jurídica? Em outro concurso, de âmbito nacional, a pergunta dizia respeito à solução jurídica a ser dada ao caso de um gêmeo xifópago ferir o outro (com certeza, gêmeos xifópagos andam armados, e em cada esquina encontramos vários deles...!). Dito de outro modo: desse modo, a cultura *standart* fornecida pelos manuais é reproduzida nas salas de aula e nos concursos públicos. A propósito, há um manual que, para explicar a diferença entre culpa consciente e dolo eventual, utiliza um exemplo a partir do ato de um jardineiro, que quer cortar as ervas daninhas e corta o caule da flor.... Não podemos esquecer, finalmente, o clássico exemplo do açúcar e do arsênico, utilizado, há várias décadas, para explicar o conceito de crime impossível...! Esta é a apenas a ponta do *iceberg*, e que retrata a dura face do idealismo que permeia o discurso jurídico, que pode ser retratada pela seguinte anedota envolvendo o filósofo HEGEL. Conta-se que, no auge de uma abstração filosófica, o filósofo foi interrompido por um de seus alunos, que lhe perguntou: “Mestre, tudo isto que o senhor está dizendo não tem absolutamente nada a ver com a realidade”. Ao que HEGEL teria respondido: “Pior para a realidade”...

⁽⁶⁾ A melhor análise acerca da criminalidade que colocam em xeque os objetivos da República é feita por LUCIANO FELDENS, em seu *Tutela Penal dos Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, leitura obrigatória para quem pretende des-velar o problema da crise paradigmática que assalta o direito brasileiro.

2. O contraponto entre penalistas liberais e comunitaristas

Em resumo, verifica-se uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções do direito penal e do direito processual penal a partir do *dissenso* entre a postura dos juristas liberais, que defendem uma função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo o que lhe diz respeito, e aqueles de orientação comunitarista, cuja posição quanto à funcionalidade do direito penal e do direito processual penal assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social.

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e, conseqüentemente, dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que estes buscam introjetar, na concepção do direito penal, a idéia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam proteção do Estado, enquanto aqueles, ainda presos às matrizes penais iluministas-clássicas, *resistem a tanto*, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, ao argumento de que tal barreira implicaria uma “indesejada antecipação das barreiras do direito penal”.

Assim, do que foi exposto, é possível afirmar que o panorama do direito penal (e processual penal) no Brasil aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros têm assumido uma postura paradoxal, uma vez que, de um lado, defensores de posições que buscam penas mais duras, *lançam ao mesmo tempo um olhar leniente sobre os delitos que colocam em xeque os objetivos da República* previstos na Constituição (que afetam bens jurídicos coletivo-comunitários).

Nesse sentido veja-se o “tratamento” dado aos crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente, para citar apenas alguns desse jaez, *cujas desproporcionalidade em relação aos delitos de feição inter-individual não vem recebendo maiores – ou nenhuma – contestação por parte desse setor do direito penal brasileiro*, caudatário ainda de uma dogmática jurídica inserida no paradigma liberal-individualista-normativista, no interior do qual o papel do direito penal e do processo penal seriam apenas o de proteger bens jurídicos inter-individuais, fenomenologia que pode ser observada facilmente no Código Penal ainda em vigor.

Relembre-se, ainda nesse sentido, que esse modelo híbrido brasileiro que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies caminha neste aspecto para um modelo bastante repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Ou seja, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, *cria alternativas penais à de reclusão que sustentam normativamente depois do discurso da impunidade*. Basta ver, para tanto, os benefícios trazidos pela Lei 9.724, pela qual muito raramente algum crime do colarinho branco fica excluído da “pena alternativa” (geralmente, pagamento de cestas básicas).

Em sentido oposto ou no mínimo em uma linha acentuadamente crítica em relação à dogmática jurídico-penal dominante, há os que propugnam por uma

intervenção cada vez menor do direito penal, não importando a natureza dos crimes. Aludem que o aumento das penas e da repressão acarreta aumento da criminalidade.⁽⁷⁾ Os juristas que perfilham esse entendimento – com forte influência da doutrina de FERRAJOLI – aceitam apenas a existência de bens jurídicos de “carne e osso”. Embora preocupados – de forma acertada, diligente e democrática – com o arbítrio estatal, as mazelas do direito penal e as misérias do processo penal, tais juristas incorrem igualmente em um paradoxo, porque, ao repudiarem o uso do direito penal para o enfrentamento das infrações que lesam bens jurídico-sociais, *deixam de lado esse importante mecanismo para o alcance daquilo que o próprio FERRAJOLI denominou de “direitos sociais máximos”, circunstância que possibilita um “direito penal mínimo”, igualmente por ele proposto.*

Nesse sentido, entendo que o enunciado “direito penal mínimo - direito social máximo” traduz-se em uma equação que desembarca tardiamente em países de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*. E, convenhamos, mesmo nos países em que o Estado Social foi/é uma realidade, o direito penal continua a ser utilizado no combate de crimes que tratam de bens jurídicos “sociais”, ou seja, na Europa ninguém tem dúvidas, por exemplo, que os crimes fiscais e outros desse jaez devem ser punidos com rigor. Dito de outro modo: *direito penal mínimo e direito social máximo é um paradoxo em países de modernidade tardia.*

Há, ainda, um terceiro grupo de juristas que assume uma espécie de direito penal comunitarista, propugnando por uma atuação mais forte do direito penal no terreno da repressão das condutas que lesam bens jurídicos de feição transindividual. Para estes – e aqui me incluo – o direito penal seria (também) um importante instrumento de transformação da sociedade, espécie de “braço

⁽⁷⁾ Muitos criminólogos, especialmente os que fundamentam teoricamente suas pesquisas e estudos no paradigma da reação social, poderão afirmar que o aumento da criminalidade tem ocorrido exatamente em função da ampliação do sistema normativo repressor. Mas esta é uma afirmação de difícil sustentação, e cuja validade é altamente questionável e duvidosa. Ela pode ser tomada como verdadeira para as condutas que passaram, por exemplo, a ser consideradas como delituosas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por força de normas incriminadoras que surgiram como instrumentos jurídicos de regulamentação infraconstitucional penal de dispositivos presentes no texto da Magna Carta brasileira. Entretanto, *a mesma afirmação não pode ser alçada a uma condição equivalente de veracidade quando referente à criminalidade tradicional, à econômica, à tributária, e às violações criminais a uma série de outros bens que já eram anteriormente protegidos pela legislação penal*⁷. Estes nichos de condutas delinqüenciais já previstos normativamente como tal, e que tiveram um salto quantitativo nos últimos anos, têm suas causas numa pluralidade de fatores que as mais diversas ciências que se imbricam com o direito penal no estudo do crime têm buscado apontar. Alguns números da realidade brasileira ilustram bem a atual situação de crise institucional vivida pelo Estado no combate à criminalidade. É apavorante a quantidade de crimes violentos cometidos no Brasil. Segundo dados do Ministério da Justiça que abrangem o triênio 1999-2001, obtidos junto às Secretarias Estaduais de Segurança Pública e ao IBGE, ocorreram neste período, somente nas capitais estaduais, 64.138 mortes violentas (1999 – 21.189, 2000 – 21.360, 2001 – 21.589), sendo agregados neste conjunto homicídios dolosos, homicídios culposos de trânsito, outros homicídios culposos, lesões corporais seguidas de morte, roubo seguido de morte, morte suspeita e resistência seguida de morte. Se forem considerados somente os homicídios dolosos, os números são da mesma forma assombrosos. A mesma estatística aponta um total de 40.604 delitos desta espécie praticados no período e nos mesmos locais antes mencionados. Ver a respeito a página da *web* do Ministério da Justiça do Governo Federal brasileiro, a saber: http://www.mj.gov.br/Senasp/senasp/estat_homicidio_dolos.htm

armado da Constituição”, nas palavras de PAULO FERREIRA DA CUNHA: “*não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja, não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante*”.⁽⁸⁾

Tais questões têm profundos reflexos no campo do processo penal, uma vez que as duas primeiras posições trabalham tão-somente na perspectiva de um garantismo negativo: o direito processual serviria apenas para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado. A liberdade de conformação do legislador, nos dois primeiros grupos, é ampla quando se trata de leis discriminadoras e concessivas de garantias processuais, mesmo que à revelia da Constituição. No fundo, trata-se de uma espécie de retorno a ROUSSEAU: não há limites à vontade geral, o que se pode perceber, por exemplo, na concessão do *favor legis* no caso do REFIS (Lei 10.684), na (des)classificação de crimes como abuso de autoridade, sonegação de tributos, desobediência, invasão de domicílio noturna, atentado ao pudor mediante fraude (para citar apenas alguns) para crimes de menor potencial ofensivo (Lei 10.259/03) ou, ainda, na permanência no sistema do art. 107, VIII, do Código Penal, que possibilita a extinção da punibilidade do crime de estupro quando a vítima casar com terceira pessoa. Mais recentemente, temos o episódio envolvendo o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), cujo artigo 94 rebaixa à categoria de “crimes de menor potencial ofensivo” todos os crimes previstos na citada Lei, desde que a pena, abstratamente considerada, não ultrapasse a 4 anos, o que faz com que crimes como “deixar de prestar assistência a idoso”, com resultado morte, e “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica do idoso, submetendo a condições desumanas”, com a sujeição deste a trabalho escravo e disso resultando lesão corporal grave, sejam levados aos Juizados Especiais Criminais, ficando os criminosos aptos, neste caso, a receberem a *benesse* da transação penal, através da qual, mediante o pagamento de uma ou algumas cestas básicas, a *persecutio criminis* estará esgotada.

⁽⁹⁾ Não houve, ao que se sabe – exceção feita ao caso da Lei do REFIS, em que o Procurador-Geral da República interpôs ADIn – qualquer reação de índole constitucional contra a validade de tais leis e dispositivos. Afinal, como se afirma no “mundo jurídico”, “lei vigente é lei válida”...!

Desse estado da arte, é possível depreender que a *matriz liberal-iluminista*, com uma orientação epistemológica privilegiadora de uma lógica de apreensão e subsunção da realidade em abstrações redutoras, *encontra-se em dificuldades*

⁽⁸⁾ CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 89 e 90.

⁽⁹⁾ Sobre esses assuntos, remeto o leitor ao meu artigo “Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: (Neo)Constitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, IHJ, 2004, pp. 243 e segs.

para legitimar o saber produzido a partir de suas bases filosóficas frente à nova complexidade criada pelas manifestações delinqüenciais hodiernas. Esta situação coloca em questionamento a hegemonia liberal de justificação dos modelos penais ⁽¹⁰⁾, o que tem gerado uma resistência contundente por setores da dogmática mais tradicional, que ferozmente têm sustentado a necessidade de manutenção do paradigma penal do Esclarecimento ⁽¹¹⁾.

Nesse sentido, a lição de GISELE CITTADINO, para quem

“o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de HAYEK e NOZICK do que de RAWLS e DWORKIN, muito embora as fontes talvez sejam outras. ⁽¹²⁾”

Ou seja, essa disputa teórica baseia-se em esquemas conceituais fundamentais, fixados atemporalmente, pela referência a textos com padrões de autoridade que fornecem exemplos paradigmáticos usados na instrução de neófitos sobre como entender e estender conceitos, como utilizar as expressões estabelecidas e como transitar através de uma multiplicidade de usos possíveis. Esta postura teórica não tem ficado restrita aos círculos acadêmicos, mas muito adiante disto, tem influenciado significativamente as posturas práticas adotadas por grande parte dos operadores jurídicos, o que, como veremos, inclui os tribunais (no caso, a forte incidência no Superior Tribunal de Justiça).

⁽¹⁰⁾ Sobre a influência do iluminismo jurídico-penal lusitano na formação da cultura penal brasileira, ver a respeito NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro. Obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

⁽¹¹⁾ Ver, para tanto, STRECK e COPPETI, *op. cit.*

⁽¹²⁾ Ver a respeito CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 14.

Por último, entendo que não deve haver dúvida sobre o fato de que, do modelo constitucional brasileiro, é possível extrair um novo perfil para o direito penal e processual penal. E isto é facilmente detectável pelos seguintes aspectos:

- a) o primeiro, refere-se às necessidades sociais de proteção de determinados bens e valores;
- b) o segundo, referente ao rol de bens com relevância constitucional e as indicações formais criminalizadoras presentes na Carta Magna;
- c) o terceiro, relativo à legislação produzida após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e a sua adequação ao projeto constitucional.

Quanto ao primeiro aspecto, não há qualquer dúvida que, pela graduação quantitativa e qualitativa atingida pela criminalidade em nosso País, a intervenção reclamada social e cientificamente está muito distanciada de um patamar mínimo. Pelo segundo aspecto, da análise dos indícios formais axiológico-normativos constitucionalizados desvela-se uma tendência de ampliação da esfera de intervenção estatal penal, não só pela recorrente presença de indicações ampliadoras do direito penal manifestamente expressas na Carta Magna, mas também pela ampliação de rol de bens que foram elevados ao patamar constitucional e que, em razão disto, podem, com legitimação constitucional, ser tutelados penalmente. Basta ver, por exemplo, neste sentido, as disposições contidas nos seguintes incisos do art. 5º, da CF/88: XLI (prevê punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais); XLII (prevê a criminalização do racismo e veda a fiança e a prescrição a este crime); XLIII (dispõe sobre a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia a uma série de crimes); XLIV (prevê a inafiançabilidade e a imprescritibilidade de crime de ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático). Também a disposição constante no § 3º do artigo 225 que prevê a criminalização e a penalização das condutas lesivas ao meio ambiente enquadra-se neste grupo de indicações constitucionais criminalizadoras e ampliadoras da intervenção estatal penal.

Por outro lado, é preciso considerar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens elevados a tal categoria em relação aos textos constitucionais anteriores, especialmente no referente à ordem social, o qual praticamente somente abriga disposições tutelares de bens não individuais. *A simples positivação de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarda de tais bens.*

Disso resulta, sem dúvida, um deslocamento histórico do princípio da intervenção estatal penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens

constitucionalizados merecedores de tutela jurídica. Por fim, em relação ao terceiro ponto denunciador da desconformidade do princípio da intervenção penal mínima ao modelo jurídico brasileiro, basta verificar o conteúdo de toda a legislação que contém disposições incriminadoras surgida pós-88. Por isto tudo, a posição que defendo em relação à intervenção estatal no corpo do direito penal e processo penal é a da intervenção *minimamente necessária para a realização do estado democrático de direito nos países de modernidade tardia*.⁽¹³⁾

3. O Processo Penal no contexto da necessidade social de proteção de determinados bens e valores. A segurança como direito fundamental. O dever estatal de utilizar medidas adequadas à consecução desse desiderato.

Parece não haver qualquer dúvida sobre a validade da tese garantista clássica no processo penal: diante do excesso ou arbítrio do poder estatal, a lei coloca à disposição do cidadão uma infinidade de *writs* constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. As garantias substantivas no campo do direito penal (proibição de analogia, a reserva legal *etc.*) recebem no processo penal a sua materialização a partir dos procedimentos manejáveis contra abusos, venham de onde vierem. São conquistas da modernidade, representadas pelos revolucionários ventos iluministas.

Portanto, contra o poder do Estado, todas as garantias, enfim, aquilo que denominamos de garantismo negativo. A questão que aqui se coloca, entretanto, relaciona-se diretamente com a proteção de direitos fundamentais de terceiros em face de atos abusivos dos agentes estatais, notadamente os juízes e tribunais na hipótese de concessão de liberdade ou outro direito à revelia do sistema processual-constitucional.

Pois bem. O Superior Tribunal de Justiça e parte considerável dos tribunais da República vêm sedimentando entendimento de que o Ministério Público não é parte legítima para interpor mandado de segurança em matéria criminal. Assim, por exemplo, na hipótese de concessão (indevida) de liberdade provisória ou progressão de regime, para ficar nestes dois exemplos, o Ministério Público é parte ilegítima para buscar efeito suspensivo do recurso interposto. Neste caso, o ato judicial não poderia ser cassado em instância superior através de medidas cautelatórias em sede de segundo grau de jurisdição.

Assim, a questão que se coloca é: decisões concessivas de liberdade provisória ou concessivas de progressão de regime carcerário, em flagrante contrariedade à lei processual-penal, ficam imunes (blindadas) à remédios de urgência para corrigi-las?

Colocando o problema de uma forma mais objetiva: como resolver um caso em que decisão judicial,⁽¹⁴⁾ de forma indevida e ilegal, restabeleceu, *contra legem*,

⁽¹³⁾ Nesse sentido, ver STRECK e COPETTI, *op.cit.*

⁽¹⁴⁾ Ver Mandado de Segurança em matéria Criminal n. 70.008.316.606 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde a 5ª Câmara Criminal assim decidiu: “À unanimidade, julgaram o Impetrante

o livramento condicional de um condenado por roubo, estupro e atentado violento ao pudor, flagrado, no período de prova, praticando novo assalto à mão armada?

Por que negar ao Ministério Público o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, quando se sabe que um agravo em execução não tem efeito suspensivo, levando, além disto, meses para ser apreciado em segundo grau?

A resposta dos tribunais tem sido basicamente nos moldes dos julgados a seguir delineados:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concessão de indulto. Ministério Público: ilegitimidade. Efeito suspensivo em agravo de execução. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança almejando atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197, da LEP, o agravo em execução não possui efeito suspensivo. Precedentes do STJ. (...) Unanimidade. ROMS 12200/SP-STJ.

Criminal. Habeas Corpus. Remição. Legalidade do cômputo dos dias remidos. Supressão de instância. Não-conhecimento. Habeas de ofício. Agravo em execução contra livramento condicional. Mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso. Impropriedade do mandamus. Ausência de direito líquido e certo. Ato ilegal passível de recurso ou correição. Constrangimento ilegal configurado. Ordem não conhecida. HC concedido de ofício.

(O Ministério Público) CARECEDOR DE AÇÃO e declararam extinto o processo, sem julgamento do mérito, forte no art. 267, inc. VI, do CPC." A Desª Genacéia da Silva Alberton, todavia, denegou a ordem por outro fundamento (entendeu não estar presente o requisito do "direito líquido e certo"), afirmando que o Ministério Público tem legitimidade para manejar mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução. Cfe.: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_julgamento.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70008316606.

Hipótese em que se sustenta a legalidade do cômputo dos dias remidos, com o fim de restabelecer a decisão concessiva do livramento condicional à paciente. Tema que não foi analisado em 2º. Grau de jurisdição.

A análise do pleito implicaria em indevida supressão de instância. Concessão de *habeas corpus* de ofício, pela verificação de ilegalidade no julgamento proferido pelo Tribunal *a quo*.

O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra decisão que concede benefício na execução da pena. Precedentes. (...) HC 32088/SP.- STJ

Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público visando efeito suspensivo a agravo em execução. Descabimento. O presente remédio destina-se a proteger o cidadão que sofra violação por parte de autoridade (Art. 1º. da Lei 1.522/51). Se o ato da autoridade coatora é favorável ao cidadão, não dispõe, via de consequência, o Ministério Público de legitimidade para intentar o *writ*. (...) (MS n. 70005087077- Segunda Câmara Criminal do TJ/RS).

Registre-se ainda mais recentemente o episódio ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo o apenado Dilonei Melara, condenado a 60 anos de reclusão. ⁽¹⁵⁾ Escorado na nova redação da Lei 10.792/03, que alterou substancialmente o art. 112 da Lei de Execuções Penais, na medida em que dispensou a feitura dos laudos técnicos, antes tidos como condição de possibilidade para aferição das condições para progressão de regime, o apenado, munido de atestado de bom comportamento exigido pela nova Lei, requereu a progressão do regime fechado para o semi-aberto. O Juiz da Vara de Execuções de Porto Alegre deferiu o pedido. Inconformado com o (in)devido deferimento

⁽¹⁵⁾ Com relação ao “caso Melara”, deixo de opinar acerca do mérito, pela simples razão de que, para mim, o dispositivo do art. 112, com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 10.792/03, é inconstitucional. Ou seja, conforme deixei claro nos autos do incidente de inconstitucionalidade que suscitei junto à 5ª. Câmara Criminal do TJRS - Agravo n.º 70.008.229.775 - não era permitido ao legislador tornar dispensáveis os laudos técnicos. Nesse exato sentido é que fiz representação ao Procurador-Geral da República, para que ingressasse com ADIn junto ao STF. Portanto, a discussão do “caso Melara” teria outro desiderato, se o Juiz - ou o Tribunal - tivessem, em sede de controle difuso - considerado como inconstitucional a alteração legislativa, com o que voltaria vigor ao art. 112, na sua redação anterior. Lamentavelmente, preferiu-se discutir o problema da nova redação do art. 112 da LEP nos limites da infra-constitucionalidade...!

da progressão de regime, o Ministério Público interpôs agravo em execução, ingressando ainda com Mandado de Segurança buscando efeito suspensivo para o agravo. Muito embora o Tribunal de Justiça tenha concedido o *mandamus*, o Superior Tribunal de Justiça cassou a decisão, com base na ausência de legitimidade do Ministério Público para manejar mandado de segurança em tais hipóteses.⁽¹⁶⁾

Casos como estes ⁽¹⁷⁾ dão uma adequada amostra das aporias que circunscrevem o sistema jurídico brasileiro. Ou seja, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é vedado ao Ministério Público buscar – via mandado de segurança – a correção de atos judiciais que demandem urgência, em face de *periculum in mora pro societate*.⁽¹⁸⁾

3.1. Os fundamentos do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça

Os argumentos que fundamentam a posição do STJ – seguida por outros tribunais – podem ser resumidos a partir do que pode ser considerado o *leading case* capitaneado pelo então Min. Luís Vicente Cernicchiaro, quando do julgamento do HC n.º 6.466/SP. Em resumo, os fundamentos são os seguintes:

- a) As partes da relação processual vinculam-se ao princípio da igualdade. No campo processual penal, submetidos ao tratamento conferido ao Ministério Público e ao acusado. O Direito, entretanto, não se esgota ao impor a igualdade. *Consagrou-se também o princípio da proporcionalidade; em breve, pode ser enunciado como tratamento igual para os casos iguais e desigual para os desiguais.*

⁽¹⁶⁾ Ver, nesse sentido, HC 37856 – Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Laurita Vaz. Com informações de: http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=11725

⁽¹⁷⁾ Fora do âmbito do STF, há decisões no sentido da concessão, como o acórdão n. 70005065495 – TJ/RS, *verbis*: Mandado de segurança. Utilização em matéria criminal. Possibilidade. Inexistência de *periculum in mora* na decisão judicial. Não existem impedimentos na utilização do mandado de segurança em matéria criminal, desde que demonstrando o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”, bem como a falta de recurso específico ou ausência de efeito suspensivo aquele manejado pela parte. Desta forma, é possível acolher esta ação, quando impetrado pelo interessado, requerendo a outorga do efeito mencionado (suspensivo) a recurso em sentido estrito ou agravo de execução. No caso em concreto, não se concede a segurança, não há nenhum perigo à sociedade no deferimento, por ora, do livramento condicional ao apenado. Tanto o laudo do EOC, como a administração penitenciária são favoráveis à concessão do benefício, mostrando que o condenado está em condições de retornar à sociedade. Mandado conhecido, denegando-se a segurança. Unânime. (Mandado de Segurança n.º 70005065495, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 24/10/2002).

⁽¹⁸⁾ Afasto, de pronto, as críticas no sentido de que não há, em sede de direito penal, *periculum in mora* a favor da sociedade. Não fosse por outras razões apontadas no presente texto, bastaria que se examinasse o art. 5º. *caput* da Constituição do Brasil, que alça a segurança (da sociedade, portanto, das pessoas) ao *status* de direito fundamental. Ora, parece evidente a possibilidade da ocorrência de *periculum in mora pro societate* na hipótese, *v.g.*, de evidente erro judicial na soltura de determinado indivíduo, considerado perigoso.

b) Em se projetando esse princípio para o processo penal, cumpre esta observação: o procedimento é escolhido para ensejar à acusação e à defesa desenvolver as respectivas teses. Aí, tem-se a igualdade. E teleologicamente, decorre do princípio da presunção de inocência, impedindo qualquer constrangimento ao exercício do direito de liberdade do réu.

c) Se ocorrer, no curso do processo, qualquer decisão ofensiva a esse direito, o acusado poderá valer-se também das ações constitucionalizadas a fim de preservá-lo imediatamente (não faz sentido o processo visar a garantir o direito de liberdade e transformar-se em causa de agressão).

d) Diferente, porém, quanto ao Ministério Público, restrito ao devido processo legal (Princípio da Legalidade), ou seja, só pode provocar restrição a direito do acusado, nos modos e limites colocados em lei.

e) As situações do agente do Ministério Público e do acusado, quanto ao procedimento, evidenciam o princípio da igualdade. Em se considerando, contudo, a desigualdade, ou seja, somente o acusado corre o risco de restrição ao direito de liberdade, *incide o princípio da proporcionalidade*, voltado para tratamento desigual frente a situações desiguais. Nessa linha, o Ministério Público fica restrito às regras do procedimento. Não poderá valer-se do Mandado de Segurança para, exemplificativamente, obter efeito suspensivo a recurso que não o tenha. É carecedor do direito de ação.

Os demais tribunais não têm acrescentado razões de fundo que desbordem da assumida pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.2. O perfil do Direito e do Estado no (novo) modelo de Estado Democrático de Direito: ultrapassando as posturas liberais-clássicas

Tomando por base uma perspectiva liberal-clássica sobre o Direito (e sobre a função do Estado), seria possível concordar com a tese de que ao Ministério Público é vedado o uso de instrumento do quilate do mandado de segurança. Afinal, não parece difícil sustentar a tese esgrimida pelo Superior Tribunal de Justiça, pela qual somente o acusado corre o risco de restrição à liberdade, incidindo, por isto, o princípio da proporcionalidade enquanto proteção contra os excessos estatais (o que aqui denomino de garantismo negativo). Por outro lado, em uma perspectiva liberal-iluminista, não faz sentido o processo visar a

garantir o direito de liberdade e, ao mesmo tempo, transformar-se em causa de agressão ao cidadão (*sic*).

Essa posição – presente, aliás, em boa parte da doutrina penal brasileira – não leva em conta a evolução do Estado e o papel do Direito no interior dos diversos modelos que conforma(ra)m a teoria do Estado.

Assim, é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a Revolução Francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abrira mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.

O novo perfil do Estado, nessa quadra, será ausenteísta. Sua função será a de servir de guardião dos interesses da classe revolucionária, a burguesia. Em outras palavras: o público (Estado) era visto como algo “ruim”. Por isto, o triunfo do privado e a pouca importância dada à Constituição, entendida como “código das relações privadas”.

Passados mais de dois séculos, ainda é possível perceber as conseqüências desse período: em pleno modelo formal de Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 ainda é vista como uma “mera carta de intenções”.⁽¹⁹⁾ Com efeito, muito embora tenhamos calcado nosso constitucionalismo no modelo norte-americano, mormente no que tange ao controle (difuso) de constitucionalidade, na prática seguimos (cada vez mais) a vertente do constitucionalismo resultante da revolução burguesa de 1789, dando-se maior valor aos códigos do que à Constituição...! Talvez isto explique o nível de sonegação de tributos no País e o tipo de tratamento que é dado pelo direito penal (portanto, do Estado) a esse crime, o que faz com que seja mais grave furtar um botijão de gás do que sonegar um milhão de reais! Isto para dizer o mínimo!

Parece razoável afirmar, desse modo, que os juristas brasileiros não podem continuar a calcar sua atuação – no plano da construção do conhecimento jurídico (doutrina e jurisprudência) – em modelos de Estado e de Direito ultrapassados pela evolução histórica.

Ou seja, o velho modelo de Estado liberal-absenteísta – contraposto à sociedade, como se dela fosse inimigo, a partir de um modelo liberal-individualista – inexoravelmente dá lugar, no século XX, às novas formas de Estado e Constituição.

⁽¹⁹⁾ Sobre a crise da Constituição, que denomino de “baixa constitucionalidade”, remeto o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

Surge, pois, a função social do Estado, a partir do modelo de *Welfare State*, fórmula encontrada para superar a crise do liberalismo.

Já a partir do segundo pós-guerra esse (novo) modelo ganha um *plus* normativo, representado pelo Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito assume uma feição transformadora.

Dito de outro modo: no marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promotora do Direito, próprias dos modelos de Estado Liberal e Social, respectivamente, *agrega-se a função de potencial transformação social*.

Por isto, para bem compreendermos essa mudança de paradigmas, torna-se imperioso verificar como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes do Estado. E isto não pode ser deixado de lado na análise do papel do Direito em *terrae brasilis*.

4. Do garantismo negativo ao garantismo positivo – uma nova visão do princípio da proporcionalidade

Com efeito, nesta quadra do tempo já não tratamos (apenas) de direitos individuais, mas, sim, passamos (ou estamos a) tratar destes a partir de um processo em que se agregam os direitos de segunda e terceira dimensões. Nesse contexto, o papel do Estado passará a ser a de proteger, de forma agregada, a esse conjunto de dimensões de direitos.

Trata-se daquilo que ALESSANDRO BARATTA denominou de *política integral de proteção dos direitos*, o que significa definir o garantismo não somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção relativamente ao Estado, senão também como garantismo positivo.⁽²⁰⁾

Assim, a (ultra)passagem das fases anteriores do Estado implica um novo processo de proteção dos direitos, agora redimensionados a partir da complexidade social exsurgente dos sucessos históricos ocorridos no século XX.

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo).⁽²¹⁾ 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 proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas*.

⁽²⁰⁾ Cfe. BARATTA, Alessandro. "La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999, p. 110.

⁽²¹⁾ Sobre o assunto, ver também STRECK e FELDEN, *A legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*, op. cit.

Perfeita, pois, a análise de ALESSANDRO BARATTA: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo que denominamos de garantismo negativo). No mesmo sentido, o dizer de JOÃO BAPTISTA MACHADO, para quem o princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. ⁽²²⁾

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. O Estado não é único inimigo!

Dito de outro modo, como muito bem assinala ROXIN, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social em LISZT, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo. ⁽²³⁾

Portanto, para uma avaliação mais aprofundada do problema, é necessário ter em conta essa superação do modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais é do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos (abusos do Estado) (*Übermassverbot*).

Ou seja, nesta quadra do tempo é preciso que tenhamos claro – e isto não deveria constituir maior novidade no plano do direito penal – processual constitucionalizado – que a noção de proporcionalidade

“não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a 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

⁽²²⁾ BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

⁽²³⁾ Cfe. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª. ed., Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998, pp. 76 e segs.

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.”⁽²⁴⁾

Como se sabe, a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão⁽²⁵⁾ *frente ao Estado*; a duas, *através do Estado* – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.

Isto significa afirmar – sem temor às inexoráveis críticas dos setores ainda atrelados a uma visão liberal-iluminista clássicos acerca do papel do Estado – *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (DRINDL, CANOTILHO, VITAL MOREIRA e STERN) ou outra expressão dessa mesma idéia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado.*⁽²⁶⁾

Essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva liberal-clássica), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (STERN) (afinal, como bem consta na Constituição do Brasil, o Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, construir a justiça social, etc.).⁽²⁷⁾

Esta nova face do Estado e do Direito decorre também – e fundamentalmente – do fato de que a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*).⁽²⁸⁾ Ela contém, ensina

⁽²⁴⁾ Cfe. SARLET, Ingo. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs.

⁽²⁵⁾ Diga-se de passagem que a própria Constituição não estabelece direitos fundamentais absolutos. Há sempre a necessidade de que se realize o sopesamento diante da colisão de direitos. A liberdade individual deve estar sujeita a condições mínimas, razoáveis, de modo que o exercício deste direito não colida com o interesse público. Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: “Artigo 29: §1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. §2. *No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências ... da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*”

⁽²⁶⁾ Cfe. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto, Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs.

⁽²⁷⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²⁸⁾ Esta outra “face” do princípio da proporcionalidade adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, decidindo sobre a obrigatoriedade de conferir-se proteção jurídico-penal à

FERREIRA DA CUNHA, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão-Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, *não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também em face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).* ⁽²⁹⁾

Dito de outro modo, o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigente. A liberdade de conformação legislativa fica sobremodo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional. E as promessas da modernidade incumpridas passam a ter *status* constitucional, a partir da inserção no texto da Constituição a idéia de Estado Social (art. 3º.), que representa as possibilidades de resgate das promessas da modernidade incumpridas no país, em que a etapa do *Welfare State* não passou de um simulacro.

Repita-se: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: ⁽³⁰⁾ *não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais* (art. 5º., *caput*, da Constituição do Brasil).

Por isto, a necessária crítica às posições do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais que negam o direito de o Ministério Público lançar mão do mandado de segurança para buscar efeito suspensivo em recursos em sentido estrito e agravos de execução.

vida intra-uterina sob determinados pressupostos, cabendo destaque para a seguinte passagem da sentença: Nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento. BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvF 1-6/74.

⁽²⁹⁾ Cfe. CUNHA, *op. cit.*, p. 273.

⁽³⁰⁾ No sentido desse viés de proteção, consultar STRECK, Lenio Luiz e FELDEN, Luciano. *Crime e Constituição – a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

Fundamentalmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça – e os demais tribunais que o seguem – não leva em conta que o princípio da proporcionalidade (utilizado como fio condutor dos acórdãos), *possui uma dupla face, isto é, um ato estatal pode violar o referido princípio por ser arbitrário (portanto, excessivo), como também pode violar o mesmo princípio quando houver uma deficiência na proteção estatal a determinado bem jurídico.*

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do acórdão paradigmático de Cernicchiaro, trabalha apenas com a hipótese – a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), esquecendo a relevante circunstância de que o Estado – e relembremos aqui ALESSANDRO BARATTA – *pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã Untermissverbot.*

Este conceito, explica CARLOS BERNAL PULIDO, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na proteção dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção. 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 restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, 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 tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. ⁽³¹⁾

5. À guisa de conclusão: a dupla face da proporcionalidade como garantia contra decisões judiciais ilegais-inconstitucionais ⁽³²⁾

De tudo o que foi dito, não tenho receio em afirmar que, diante de uma decisão judicial que venha, de forma indevida, conceder liberdade a determinado indivíduo contra disposição processual-penal (portanto, quando presentes

⁽³¹⁾ Cfe. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, pp. 798 e segs.

⁽³²⁾ Quando refiro a dicotomia (i)legal-(in)constitucional, faço-o tão-somente para reforçar a argumentação, uma vez que, à toda evidência, uma lei só é válida se for constitucional; caso contrário, lei não é.

requisitos que recomendem a sua manutenção na prisão, na conformidade do que determina o Código de Processo Penal), *é perfeitamente cabível, porque constitucional, o manejo do mandado de segurança, em face de violação de direito líquido e certo dos demais cidadãos da República, cujo direito à segurança está alçado ao status de direito fundamental.*

Trata-se, fundamentalmente, de resolver uma aparente “aporía” em nosso sistema jurídico. Afinal, por que negar ao Ministério Público o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, quando se sabe que um agravo em execução não tem efeito suspensivo, levando, além disto, meses para ser apreciado em segundo grau? A argumentação de que o mandado de segurança somente pode ser utilizado a favor do cidadão (portanto, do “débil”, como diriam os penalistas liberais-iluministas) não se sustenta em face da dupla face do princípio da proporcionalidade.

Parece evidente que, no caso, a devida proporcionalidade deve ser analisada pelo viés da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Nestes casos, entendo que, mais do que um direito de fazer uso do único remédio cabível para restabelecer a legalidade, tem o Ministério Público o dever constitucional de agir. Repita-se: como deixar sem correção – através de um remédio eficaz – um ato judicial que agride frontalmente a ordem jurídica?

Portanto, há que se fazer uso – em determinados casos – de medidas que garantam a eficácia de futuros provimentos judiciais. Caso contrário, o princípio da segurança, que também é um preceito fundamental, pode tornar-se letra morta.

Desse modo, sempre que um ato judicial mostrar-se contrário ao princípio constitucional que assegura a proteção aos particulares contra agressões (imediatas ou potenciais) provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas (no caso, o agente beneficiado de indevida liberdade, nas suas diversas formas), *é cabível o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto*, remédio apenas de efeito mediato contra o abuso judicial – que se dá, nestes casos, por violação de proteção insuficiente.

Não se olvide que o agravo, no seu nascedouro, era tido como um recurso de julgamento quase imediato, não sendo, na época, necessário o efeito suspensivo. Atualmente, todavia, um recurso como o agravo pode demorar alguns meses para ser julgado, tempo em que o recorrido permanece “solto” (ou seja, fruindo o benefício concedido em afronta aos sistema penal-processual-constitucional).

Aliás, quando do nascimento da tese de conferir efeito suspensivo a recursos que não o possuam, através do mandado de segurança, nunca se afirmou que a concessão do *writ* era contra determinada lei (o que violaria a Súmula 266 do STF). Na verdade, quando o segundo grau concede o *writ* mandamental – conferindo efeito suspensivo, por exemplo, a um agravo em execução – *está corrigindo um ato judicial que violou a devida proporcionalidade* (lembremos, aqui, a importância do necessário sopesamento entre fins e meios, ínsito ao citado princípio). Repita-se: é o ato ilegal do magistrado que estará sendo corrigido.

Numa palavra: não há qualquer óbice constitucional à utilização do mandado de segurança para conceder efeito suspensivo a agravo de execução. A tese de que o uso do *writ* estaria violando o princípio da proporcionalidade *esbarra na própria dupla face que o citado princípio possui, isto é, o princípio não somente trata dos excessos estatais como também das deficiências (omissões) estatais.*

Isto significa admitir que o Estado Democrático de Direito provoca profundas alterações paradigmáticas, detectáveis e compreendidas a partir de um adequado olhar hermenêutico. Nesse sentido, calha examinar a problemática a partir da diferença (ontológica) entre texto e norma (ou, se assim se quiser, entre vigência e validade). Com efeito, muito embora o mandado de segurança mantenha o mesmo texto (significado de base) em várias constituições, parece evidente que seu sentido (norma) vem sofrendo alterações. *Texto e norma não são a mesma coisa.* O mesmo texto pode gerar várias normas. E a passagem do tempo passa a ser o condicionante da alteração do sentido do texto.

Ora, o mandado de segurança da Constituição de 1988 não é o mesmo mandado de segurança do longínquo ano de 1951. O mesmo ocorre com o conceito de direito adquirido ou coisa julgada. Os sentidos de tais institutos devem ser relidos em conformidade com a complexidade social que conforma não mais os velhos direitos de índole liberal-individualista, mas que hoje são agregados aos direitos de novas dimensões (sociais e transindividuais).

Se antes o Estado e os seus instrumentos legais-institucionais tinham a tarefa de proteger apenas os direitos liberais de índole individual contra a “maldade” (*sic*) do Estado (absenteísta), hoje esse Estado – que passou por profundas transformações – deve preocupar-se com essas novas dimensões. É por isto que BAPTISTA MACHADO e BARATA vão chamar a atenção para o fato de que a tarefa deste novo Estado deve dar resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, incluindo-se nesse rol *também os prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.*

Assim, quando o Estado-juiz concede liberdade a um indivíduo de forma ilegal/inconstitucional, está, na verdade, incorrendo na violação da Constituição naquilo que esta garante a segurança para todos (art. 5º, *caput*). Nesse sentido, a percuciente assertiva de INGO SARLET, para quem resulta inequívoca vinculação – e isto vale tanto para o direito penal como para o processo penal – entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo

acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por outro lado, *o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.* ⁽³³⁾

Destarte, não é a concessão de um mandado de segurança para possibilitar o recolhimento do indivíduo indevidamente solto que estará violando o princípio da proporcionalidade, *mas, sim, estará violando o princípio da proporcionalidade naquilo que se entende por proibição de proteção deficiente.* Para ser mais claro: isto ocorre quando o Estado-juiz não protege suficientemente os direitos fundamentais dos demais cidadãos da República, os quais, por isto, passam a ter, deste modo, o direito líquido e certo de não serem molestados.

Em síntese: quando se está diante de uma visível violação de dever do Estado de respeitar o preceito que trata da garantia fundamental à segurança da sociedade (ou, se se quiser, de terceiros), o Estado deve colocar à disposição do Ministério Público mecanismos para corrigir anomalias. Ou isto, *ou estaríamos deixando blindada (imune) qualquer decisão judicial que trate de indevida concessão de liberdade a apenados que a ela não fazem jus.* E, convenhamos, no Estado Democrático de Direito *não pode haver blindagem contra decisões judiciais ilegais/inconstitucionais.*

Seria absolutamente desarrazoado que, sob pretexto de garantirmos o direito fundamental à liberdade do cidadão, impedíssemos a utilização de remédio eficaz contra decisões que, por vezes, à revelia da lei, concedem liberdade a quem a ela não faz jus, como se a devida proporcionalidade tivesse apenas uma via...!

Numa palavra final: por vezes, parece que esquecemos – e o alerta é do pesquisador e professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal do Pernambuco, LUCIANO OLIVEIRA – da relevante circunstância de que a segurança é, ela também, direito humano:

“E não estou falando retoricamente, estou falando textualmente... Entretanto, geralmente nos esquecemos disso. Na verdade, tão raramente nos lembramos disso que seria o caso de perguntar se algum dia “soubemos” de tal coisa – isto é, que a segurança, a segurança pessoal, é um dos direitos humanos mais importantes e elementares. E, como disse, estou falando textualmente, com base nos documentos fundamentais dessa tradução, sejam as Declarações

⁽³³⁾ Cfe. SARLET, *op. cit.* (grifei).

inaugurais da Revolução Francesa de fins do Século XVIII, seja a Declaração da ONU de 1948. Está lá, já no artigo 2º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: os direitos '*naturais e imprescritíveis do homem*' são '*a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*' – grifei. Declaração tipicamente burguesa, dir-se-ia. Mas é bom não esquecer (ou lembrar) que em 1793, no momento em que a Revolução empreende uma guinada num sentido social ausente na primeira – uma guinada à esquerda, na linguagem de hoje –, uma nova Declaração aparece estabelecendo, em idêntico artigo 2º, praticamente os mesmos direitos: '*a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade*' (in FAURÉ, 1988: 373) – grifei. Mais adiante, o artigo 8º definia: '*A segurança consiste na proteção acordada pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades*' (*idem*, p. 374).

E acrescenta o jurista pernambucano:

“Cento e cinquenta anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – na qual figuram, ao lado dos direitos civis da tradição liberal clássica, vários direitos sócio-econômicos do movimento socialista moderno – repetia no seu artigo 3º: '*Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*'. E no entanto, esse é um direito meio esquecido. No mínimo, pouco citado. Ou, então, citado em contextos onde o titular dessa segurança pessoal aparece sempre como oponente de regimes ditatoriais atingido nesse direito pelos esbirros de tais regimes. Dou um exemplo significativo: numa publicação patrocinada pela UNESCO em 1981, traduzida entre nós pela Brasiliense em 1985, seu autor, ao comentar esse direito, dá como exemplo o caso de Steve Biko, ativista político negro torturado e morto pela polícia racista da África do Sul em 1977. E comenta: '*O caso Steve Biko é apenas um exemplo bem documentado de uma situação em que o Estado deixou de cumprir sua obrigação de assegurar e proteger a vida de um indivíduo e em que violou este direito fundamental que, infelizmente, tem sido*

violado pelos governos em muitas partes do mundo' (LEVIN, 1985: 55 e 56). Ou seja: *por razões que são, reconhecemos, compreensíveis, a segurança pessoal como direito humano, quando aparece na literatura produzida pelos militantes, é sempre segurança pessoal de presos políticos, ou mesmo de presos comuns, violados na sua integridade física e moral pela ação de agentes estatais. Ora, com isso produz-se um curioso esquecimento: o de que o cidadão comum tem também direito à segurança, violada com crescente e preocupante frequência pelos criminosos.*" (grifei) ⁽³⁴⁾

É neste contexto que se inserem as presentes reflexões. E para não haver mal-entendidos, *faço minhas as duas advertências enfáticas de OLIVEIRA (ibidem) sobre o assunto: a primeira é a de que, com isto, não estou aderindo ao conhecido e, no contexto em que é dito, estúpido slogan "e os direitos humanos da vítima" – com o que os inimigos dos direitos humanos procuram desacreditar a dura luta a seu favor num país como o Brasil. Já a segunda remete ao fato de que de forma alguma estou considerando com a mesma medida as violações de direitos humanos perpetrados por regimes ditatoriais e as violências praticadas por bandidos – mesmo se ambos são celerados.*

⁽³⁴⁾ Cfe. OLIVEIRA, Luciano. "Segurança: Um direito humano para ser levado a sério". Em *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* n.º 11. Recife, 2000., pp. 244/245.

^(*) LENIO LUIZ STRECK é Procurador de Justiça-RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica; Professor convidado da UNESA-RJ e nas Universidades de Valladolid-ES e Universidade de Lisboa-PT. Autor, entre outras obras, de *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito* (2ª. ed. – Ed. Forense); *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* (5ª. ed., – Livraria do Advogado, RS); *Ciência Política e Teoria Geral do Estado* (4ª. ed., Livraria do Advogado, RS); *Tribunal do Júri- Símbolos e Rituais* (4ª. ed., – Livraria do Advogado, RS).
