



Instituto Brasiliense de Direito Público

ROBERTA CORDEIRO DE MELO MAGALHÃES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PRINCÍPIO DA
PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PENAL**

BRASÍLIA-DF

2012

ROBERTA CORDEIRO DE MELO MAGALHÃES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PRINCÍPIO DA
PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Instituto de Direito Público de Brasília como exigência para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Doutor Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Brasília-DF

2012

ROBERTA CORDEIRO DE MELO MAGALHÃES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O SISTEMA ACUSATÓRIO E O
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO PENAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Héctor Valverde Santana

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília, 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Mohamad Ale Hasan Mahmoud, que, com excelência, orientou-me com suas lições, com paciência e dedicação, dirigindo valiosas críticas e sugestões que me iluminaram a mente para o tema estudado.

Aos meus pais, Ubiratam e Ana Maria, pelo apoio, dedicação e amor para que eu pudesse chegar até aqui.

Aos meus filhos queridos, razão da minha existência e força para continuar lutando.

Ao Caio, meu companheiro de todas as horas, pela paciência, amor e estímulo constantes durante esses dois anos.

RESUMO

O uso indiscriminado de demandas judiciais faz com que se amontoem pilhas de processos no Poder Judiciário, causando demora na solução dos conflitos de interesses e insegurança no sistema, tornando-se um obstáculo para a atuação do magistrado esse acúmulo de demandas, uma vez que, de acordo com o sistema, deve ele restar inerte, incumbindo ao órgão acusador promover a ação, bem como buscar as provas que pretenda produzir. Em consequência, o legislador buscou instrumentos para tornar mais célere a resposta jurisdicional do Estado. Este trabalho procura examinar como, até pela garantia do devido processo legal e do sistema acusatório, o princípio da proteção judicial efetiva não tem sido de todo observado, bem como a dignidade da pessoa humana, não conseguindo o Estado dar uma resposta rápida e eficaz às partes. O sistema acusatório como materialização do devido processo, concebido dentro do Estado Democrático de Direito, utiliza, por vezes, das interpretações impostas. Os tribunais, no caso concreto, geram insegurança jurídica em razão do descompasso entre o que estabelece o Código de Processo Penal anacrônico e uma Constituição moderna. O sistema acusatório funciona como condicionante estrutural e o acúmulo de processos como condicionante circunstancial.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal. Sistema Acusatório. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Proteção Judicial Efetiva.

ABSTRACT

The indiscriminate use of the process that causes cells pile up in the Judiciary causing delay in the resolution of conflicts of interest and uncertainty in the system. Thus, it becomes an obstacle to the action of the magistrate the accumulation of demands, since, according to the system, he must remain inert, leaving it to the national prosecutor promote action and seek the evidence he intends to produce. Consequently, the legislator aimed instruments to speed up the response state of the court. The paper examines how, even by the guarantee of due process and the adversarial system, the principle of effective judicial protection has been observed at all and the dignity of the human state is not able to respond quickly and effectively to parts. The adversarial system as the embodiment of due process, conceived within the democratic state, using sometimes the interpretations imposed. The courts, in this case generate legal uncertainty due to the mismatch between what sets our Code of Criminal Procedure anachronistic and a modern constitution. Thus, the adversarial system works as a structural condition and the condition backlog as circumstantial.

KEYWORDS: Due process. Adversarial System. Proportionality Principle. The Principle of Human Dignity. The Principle of Effective Judicial Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO	12
1.1 Histórico	12
1.2 Conceituação de princípio, regra e garantia	22
1.3 - O devido processo legal	27
1.3.1 Garantias do devido processo legal	47
1.3.2 Corolários do devido processo legal.....	50
1.3.3. Características do processo penal	52
1.4 O sistema acusatório	54
2 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	61
2.1 - Origem	61
2.2 - Conceito.....	65
2.3 Concordância prática (ou harmonização) e ponderação.....	72
2.4. O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira	78
2.5 A proporcionalidade e a igualdade.....	80
2.6 A proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente como limites moduladores do sistema jurídico-penal	83
3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA	88
3.1 Introdução	88
3.2 Direito de acesso à Justiça e à efetividade da tutela jurisdicional.....	89
3.3 Regras principiológicas constitucionais que prevêm a garantia de julgamento dos processos em um prazo razoável para manter a dignidade da pessoa humana	97
3.4 A função jurisdicional	98
3.5 A instrumentalidade do processo.....	107

3.6 A reforma do Poder Judiciário.....	110
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive um momento de insegurança, sobretudo nos grandes centros urbanos. Muito dessa insegurança deve-se, em alguma medida, ao uso indiscriminado de demandas judiciais, gerando pilhas de processos se que amontoam no Poder Judiciário, acarretando demora na solução dos conflitos tanto civis como administrativos e também criminais.

É inegável que a realidade social brasileira deste início de milênio encontra-se marcada, por exemplo, pela exacerbação da violência urbana e pela desconfiança popular quanto aos desvios éticos fartamente noticiados a respeito da corrupção política, podendo-se citar, ainda, os crimes financeiros¹. Ademais, em todas as áreas do Direito crescem as demandas, quer em decorrência do aumento da referida violência, de um lado, quando se refere ao processo penal, quer pelo inconformismo das pessoas que buscam a Justiça para satisfação de seus legítimos interesses, de outro lado.

Sensível a isso, o legislador, buscando a solução rápida do processo, realizou reformas no processo penal, como será explanado mais adiante, com a criação, por exemplo, de uma audiência una para a solução do caso concreto, dentre outras alterações, podendo, inclusive, o magistrado, se a causa não for complexa, proferir sentença na própria audiência.

¹ “Projeto de Lei do Senado nº 40, de 2006: Acrescenta, no Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940, o § 3º ao art. 317 e o § 2º ao art. 333, transformando o atual parágrafo único desse dispositivo, em § 1º; acrescenta o inciso VII-C ao art. 1º da Lei nº 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta o seguinte § 3º ao art. 317 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940:

“Art. 317

§ 3º Se a vantagem indevida é de grande proporção e ocasiona grave dano individual ou coletivo:

Pena – reclusão, de 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) anos, e multa”.

Art. 2º Acrescenta-se, ao art. 333 do Código Penal, Decreto Lei nº 2.848/1940, o seguinte § 2º, transformando-se o atual parágrafo único em § 1º:

“Art. 333.....

§ 1º

§ 2º Se a vantagem indevida é de grande proporção e ocasiona grave dano individual ou coletivo:

Pena reclusão, de 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) anos, e multa”.

Art. 3º Acrescente-se o seguinte inciso VII-C ao artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos:

“Art. 1º

VII – Corrupção passiva na forma prevista no § 3º do art. 317, e corrupção ativa na forma prevista no § 2º do art. 333”.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

O tema proposto procura apresentar o posicionamento de que, apesar das garantias do devido processo legal e do sistema acusatório, o princípio da proteção judicial efetiva não tem sido de todo observado, tendo em vista o grande número de demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, que, em razão disso, não pode dar uma resposta rápida e eficaz às partes.

De acordo com o Código de Processo Penal, que adotou o sistema acusatório, segundo maior parte da doutrina, como será explanado, procura-se garantir a punição daqueles que ofenderam determinados valores consagrados pela lei e, de outro lado, o procedimento penal objetiva garantir ao réu a forma mais ampla e efetiva de se defender das acusações do Estado, tudo de acordo com o Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que isso, na prática, não é tão simples, uma vez que tem-se um Código de Processo Penal anacrônico, idealizado dentro de um regime autoritário. Porém, com a Constituição de 1988 e as reformas posteriores do sistema processual, mormente com as Leis nºs 11.690, 11.719, ambas de 2008, além da Lei nº 12.403, esta última de 2011, modificou-se a forma de aplicar as determinações daquele diploma, ficando mais patente a adoção do sistema acusatório no processo penal, principalmente com a nova forma de inquirição das testemunhas e o papel do Ministério Público nessa nova sistemática.

Busca o presente trabalho examinar se é possível, por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do estudo dos princípios por ele acolhido, a concretização do Direito Penal, merecendo especial estudo o que se refere à proteção judicial efetiva, bem como à dignidade da pessoa humana.

Finalmente, verifica-se que se torna um obstáculo para a atuação do juiz o acúmulo de demandas, uma vez que, de acordo com o sistema, deve ele restar inerte, incumbindo ao órgão acusador promover a demanda, bem como buscar as provas que pretenda produzir. O sistema acusatório funciona como condicionante estrutural e o acúmulo de processos como condicionante circunstancial.

O objeto da pesquisa foi fracionado em três capítulos. No primeiro, tratou-se de definir as principais características do devido processo legal e do modelo acusatório de processo penal, além de ter ficado demonstrado a sua acolhida pela

Constituição de 1988 e a imperiosidade da aplicação das garantias inerentes ao devido processo legal.

No segundo capítulo, trabalhou-se com o princípio da proporcionalidade. Tratou-se de sua origem, conceito, subprincípios, além da proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente como limites moduladores do sistema jurídico-penal.

No terceiro e último capítulo, registrou-se um estudo do princípio da proteção judicial efetiva adotado no Direito brasileiro, identificando-se o direito de acesso à Justiça e a efetividade da tutela jurisdicional no sistema, inclusive referindo-se a um prazo razoável para julgamento de processos e a reforma do Poder Judiciário.

1 - DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO

1.1 - Histórico

Inicia-se o presente capítulo com a apresentação de um panorama histórico dos institutos fundamentais para o desenvolvimento do tema, principalmente do devido processo legal, partindo-se das origens anglo-saxãs desse princípio para se chegar ao momento de sua incorporação definitiva ao ordenamento jurídico brasileiro.

Parte-se do nascimento da cláusula do devido processo legal no seio do feudalismo inglês, verificando que o devido processo legal é um princípio, cláusula, instituto e ainda virá a ser tratado como garantia, difundindo-se pelo mundo desde alguns países europeus até sua fixação definitiva no Direito brasileiro.

Superada a fase da vingança privada e com a consagração de um poder penal nas mãos do Estado, buscou-se a adoção de um procedimento para legitimar a aplicação da pena contra quem praticasse um delito.

No século XI, surge a cláusula do devido processo legal na Inglaterra. Em 1066, tal território foi invadido pelos normandos, que vinham da França, tendo sido instaurado o sistema feudal inglês diferenciado. Trata-se de um período amorfo, caracterizado muito mais pela ruína do modelo imperial, como o romano, que pela instauração de qualquer sistema. Ocorre que, no feudalismo inglês, havia uma monarquia forte - o que parece uma antítese do que normalmente se tem por feudalismo, que costuma enfraquecer o Estado - e centralizada, com controle administrativo e fiscal de diversas áreas, existência de um Direito nacional uno e distinto do Direito eclesiástico e limitações ao poder real, convivendo a monarquia soberanamente e seus súditos sendo poderosos (MARTEL, 2005, p. 3).

Nesse contexto, no século XII, o príncipe John Anjou, conhecido como João Sem-Terra, assumiu o trono inglês, sucedendo seu irmão Ricardo Coração-de-Leão, falecido e famoso pela liderança das Cruzadas, porém impopular e com má fama perante os ingleses, pelo aumento de impostos em seu governo. João Sem-Terra era tido pelos historiadores como um déspota e mau administrador, o que gerava descrédito e insatisfação perante os barões, clérigos e plebeus.

Em 1205, faleceu Huber Walter, conselheiro do rei, tendo sido nomeado para o cargo John Grey, bispo de Norwich, rejeitando o arcebispo Stephen Langton, consagrado pelo clero local.

O Papa Inocêncio III foi informado da interferência do rei e, então, convenceu os bispos e monges a elegerem o bispo Stephen Langton, o que aconteceu. Deu-se início, então, à cerimônia para que Stephen assumisse o posto eclesiástico, mesmo com a recusa real em aceitar esse arcebispo, o que, com outras arbitrariedades, culminou na excomunhão do rei João Sem-Terra pelo Papa, em 1209.

A partir daí, iniciaram-se inúmeros conflitos entre monarquia e Igreja, até que, em 1213, ameaçado de ser destronado, o rei submeteu-se ao clero e aceitou o arcebispo indicado pela Igreja. Alguns meses depois e quando já não mais havia focos de tensão, os barões e clérigos se insurgiram contra o rei, o que exigiu que esse rei restaurasse a liberdade, a lei e os bons costumes.

Em 1215, após protestos e intrigas, os nobres marcham sobre Londres, atraindo parte da população para o movimento. Em 15 de junho do mesmo ano, o monarca já concordava com as reivindicações da nobreza e do clero, aceitando os termos do *Articles of the Barons*, documento que serviu de base para a elaboração da Magna Carta de 1215. Como se vê, a origem remota do princípio em foco encontra-se na Magna Carta de 1215. Relembre-se que a expressão *by the law of the land*, que constava desse documento, foi substituída pela expressão *due process of law*, ou seja, devido processo legal. (FERNANDES, 2010, p. 43).

Parte da doutrina, como Adhemar Ferreira Maciel (1997, p. 35), entende que o princípio do devido processo legal remonta há mais de cinco séculos antes da era cristã. A revolta de “Antígona”, peça de Sófocles, é apontada como o germe do direito natural, sendo o direito de resistência uma variante. Já em 384-322 a.C., Aristóteles, ao falar sobre justiça e equidade na Arte Retórica, invocou a passagem de Antígona. Séculos depois, Cícero, em 106-43 a.C., buscou mostrar que o Direito não era fruto de convenção dos homens, mas estava na natureza das coisas (SARNO, 2007, p. 334).

Segundo Ruitember Pereira, a verdadeira origem do devido processo legal remonta ao século XI, na Alemanha Medieval, no reinado de Conrado II. Esse monarca pretendia travar uma relação de lealdade e estabilidade com os condes e vassallos, no modelo feudal (PEREIRA, 2005, p. 15). Para isso, editou, em maio de 1037, o primeiro decreto a registrar, por escrito, o direito feudal e as práticas relativas à propriedade, preservando os direitos dos senhores feudais. Ali constaria a cláusula do devido processo legal, texto que foi copiado pelo artigo 39 da Magna Carta de 1215 (SARNO, 2007, p. 334).

A Magna Carta foi editada, de início, em sessenta e três capítulos, tendo sido redigida em latim. O rei João Sem-Terra comprometeu-se a respeitar direitos e liberdades dos barões feudais, dentre eles, o devido processo legal.

O capítulo 39 daquele pacto histórico é considerado o berço da cláusula do devido processo legal, dispondo que:

Nenhum homem será detido, ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um **juízo legal** de seus pares ou segundo a *lei da terra*. (COMPARATO, 2007, p. 107)

Nenhum homem livre seria privado de seus bens jurídicos maiores, como a vida, a propriedade, a liberdade, sem que antes tivessem sido atendidas as exigências formais, ou seja, o julgamento por seus pares e o respeito à lei da terra. Logo, os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito aceito e sedimentado nos precedentes judiciais. Foi na expressão *law of the land* que teve início o princípio do *due process of law*. Com o tempo, as duas expressões passaram a ser consideradas sinônimas.

O princípio do devido processo legal, no contexto inglês, surgiu para evitar os desmandos do rei, uma vez que não mais se concebia a prisão ou a perda de bens dos cidadãos por mero capricho, pois era necessária a cristalização do princípio da legalidade ou reserva legal para que houvesse o império da lei sobre a vontade do governante.

A lei da terra dá origem ao direito consuetudinário, que até hoje prevalece no Reino Unido. Essa lei inspirava-se nos costumes e, por meio dela, haveria de prevalecer a vontade da sociedade em vez da vontade do rei. Hoje, consubstancia-

se no princípio da legalidade que prescreve que não haverá crime ou pena sem prévia existência de lei.

A Magna Carta perdurou com sua história, sendo subscrita e ratificada por vários monarcas ingleses que se sucederam. Em 1225, o rei Henrique III, filho de João Sem-Terra, fez alterações e o documento passou a ter trinta e sete capítulos. O princípio do devido processo legal contou com previsão em seu capítulo 29.

Em 1354, durante o governo de Eduardo III, a Magna Carta foi traduzida para o Inglês. Com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, a expressão *law of the land* foi substituída por *due process of law*.

Nos séculos XV e XVI, a Magna Carta ficou um tanto quanto esquecida, uma vez que os ingleses estavam atentos ao fortalecimento do Parlamento e à repartição de poderes com o monarca. No século XVII, novas arbitrariedades do rei deram origem a dissidências entre os poderes estatais. Foi sustentada a supremacia da Magna Carta perante todos os Poderes do Estado, inclusive perante o Parlamento.

No século XVII, no reinado de Jaime I, verificaram-se os primeiros indícios do surgimento do devido processo legal substantivo; senão, veja. Houve a propositura de uma ação judicial processado perante Sir Coke e outros julgadores, cujo entendimento foi o de que uma penalidade, que consistia em multa, imposta pelo Estatuto da Academia Real de Medicina, feito pelo Parlamento, não era válida, nem o Estatuto sequer a previa, uma vez que permitia que a Academia julgasse litígio que a tinha como parte, cominando sanção pecuniária que lhe favorecia (BRAGA, 2007, p. 338-339).

Coke entendeu que o ato parlamentar era contrário à *common law*, realizando-se, assim, um controle de validade dos atos estatais, com fundamento em argumentos que se aproximam da cláusula do devido processo legal substantivo. Essa decisão foi um ato isolado na Inglaterra. Mais de um século depois, essa decisão chegou à América do Norte, o que levou os colonos ingleses a reproduzirem as palavras de Coke para arguir a inconstitucionalidade de atos do Parlamento inglês que regulavam a liberdade e a propriedade nas colônias. (BRAGA, 2007, p. 339-340).

Ainda no século XVII, agora no reinado de Carlos I, ocorreu outro evento que colaborou para a afirmação definitiva do devido processo legal, ou seja, o referido monarca decretou a prisão sumária de cinco nobres que se negavam a pagar um empréstimo compulsório, instituído com o fim de custear guerras. Houve impetração de habeas corpus, mas os carcereiros se recusaram a cumprir o alvará de soltura, uma vez que a prisão seria um desejo do rei, de modo que os opositores do rei, liderados por Sir Coke, elaboraram um documento pleiteando o reconhecimento da força normativa dos direitos e liberdades conquistados nos últimos séculos. Carlos I, em 1628, assinou a *Petition of Right*, tendo a garantia do devido processo legal aí ratificada, utilizando como sinônimas as expressões *law of the land* e *due process of law*. (BRAGA, 2007, p. 341).

No século XVII, o Direito norte-americano albergou a cláusula do devido processo legal para conter o abuso dos governantes. Antes da independência dos Estados Unidos, os colonos já haviam avançado na instituição da declaração de direitos individuais.

Em 1776, com a independência norte-americana, as várias Constituições e declarações de direitos posteriores também consagravam a garantia, só que a chamavam de *law of the land*, como na Magna Carta inglesa.

A expressão *due process of law* não era empregada pelas normas estaduais; ela apareceu primeiro na Declaração de Direitos do Estado de New York, em 1777 e, depois, foi incorporada, na Quinta Emenda, à Constituição americana, em 1789, para conter os arbítrios do poder federal, sendo, finalmente, consagrada na Décima Quarta Emenda de 1868. Esta ainda estendeu os direitos individuais consagrados na Constituição a todos os homens. o que levou o princípio do devido processo legal a beneficiar a todos, com proteção contra os excessos estatais.

Vicenzo Vigoriti se manifesta da seguinte maneira:

No primeiro inciso da Emenda XIV, sem dúvidas das normas acrescentadas, distinguem-se duas partes. A primeira estabelece que qualquer indivíduo 'nascido ou naturalizado nos Estados Unidos' tem primeiro de tudo cidadania federal e, depois, aquela do estado em que reside. A segunda parte contém, por sua vez, três disposições que pretendem limitar os poderes dos Estados-membros, em confronto com os direitos que decorrem do novo *status*. A primeira destas veda 'emanar e fazer aplicar leis que lesam os privilégios e as imunidades ligadas à

cidadania federal'; a segunda assegura aos indivíduos a possibilidade de recorrer às Cortes da União quando os Estados violarem os direitos protegidos pelo *due process*; a terceira garante a todos a "igual proteção das leis". (VIGORITI, 1973, p. 22 e 34)

No século XIX, a garantia do devido processo legal prevaleceu no ordenamento norte-americano, com conotação processual, sendo vedada a restrição a direitos individuais, sem se assegurar um procedimento ordenado, tendo como garantias mínimas a notificação e a defesa.

Após firmar a supremacia da Constituição americana, a Suprema Corte reconheceu seu poder de fazer uma revisão dos atos normativos inconstitucionais, tendo como parâmetro um caráter substantivo do princípio do devido processo legal. Consideraram-se inválidas leis infraconstitucionais que restringissem indevidamente os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana, protegidos pela Constituição. Como consequência, evoluiu o caráter material do devido processo legal nos Estados Unidos, que assume contornos distintos dos que eram tratados na Inglaterra.

A diferença desse princípio naqueles dois países é que, na Inglaterra, esse princípio significava uma vitória dos barões e do Parlamento sobre o rei, com possibilidade de conter seu poder pelas leis da terra, havendo a supremacia do Legislativo sobre os outros Poderes. nos Estados Unidos, o princípio representava um triunfo da sociedade perante o Estado, consagrando-se uma supremacia do Poder Judiciário. Na América do Norte, tribunais e juízes controlavam atos do Executivo e tinham a função de declarar o sentido e o alcance das leis, invalidando o que fosse contrário à Constituição.

Na Inglaterra, havia um confronto entre o Parlamento e a Monarquia, com a posterior supremacia do Parlamento, que acabou se transformando em símbolo da democracia, enquanto nos Estados Unidos havia dois mecanismos para coibir o abuso do Legislativo: controle de constitucionalidade das leis e o veto presidencial sobre o processo legislativo.

A garantia do devido processo legal, formal e material já tinha suas raízes tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Depois, alastrou-se por outros países pelo mundo todo. No Brasil, da análise das Constituições até então existentes, percebe-se que o princípio do devido processo legal foi recepcionado muito tempo

depois. A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 1824, e, nessa época, não havia o reconhecimento da ideologia de liberdade inerente ao devido processo legal, mas uma noção de sua existência nos procedimentos criminais.

Com a proclamação da República em 1889, houve a promulgação da Constituição de 1891. Essa Carta Constitucional incorporou o federalismo e firmou um Poder Judiciário, em tese, mais independente e baseado em um sistema que repartia as esferas federal e estadual, não avançando muito no que se refere às garantias individuais do homem. Limitou-se a preservar as garantias já existentes na Constituição anterior, incorporando outras, como, por exemplo, a ampla defesa na esfera criminal e a liberdade de associação. Não havia, também, menção explícita ao devido processo legal.

A Constituição de 1934 manteve a possibilidade de acolhimento de direitos individuais implícitos, não se referindo expressamente ao devido processo legal. A Constituição posterior, de 1937, retirou do sistema garantias fundamentais conquistadas, como a legalidade e a irretroatividade. Além disso, legitimou sua ofensa arbitrária pelo Estado, autorizando providências como a detenção de pessoas, a busca e apreensão domiciliar, entre outras. Também aqui foi ignorado o *due process of law*, o que também ocorreu na Constituição de 1946.

Luiz Rodrigues Wambier relata que, na Constituição de 1946, nasceu constitucionalmente o devido processo legal, no Brasil, como decorrência do direito fundamental de ação:

No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, § 4º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da judicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico. (WAMBIER, 1991, p. 59)

Depois do golpe militar de 1964, veio a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, época em que adveio o AI-5 (1968), responsável pela suspensão dos direitos constitucionalizados e a exclusão dos atos subversivos da apreciação do Poder Judiciário.

Com a aprovação da Emenda nº 26/1985, reuniu-se a Assembleia Constituinte responsável pela Constituição Federal de 1988, chegando ao fim a Ditadura. Com a promulgação dessa Constituição, a sociedade brasileira está diante da Carta Política brasileira mais democrática e avançada de todos os tempos, encerrando-se o período de despotismo do Estado brasileiro, que teve seu poder demarcado por várias garantias constitucionais. Nesse contexto, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, além de outros incisos, traz a primeira previsão explícita do devido processo legal.

Nos estados liberais burgueses dos séculos passados, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos. O direito de acesso à Justiça significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

Além disso, embora o acesso à Justiça pudesse ser quase tratado como um direito natural, esse não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção. Os direitos naturais eram considerados anteriores ao Estado e sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, assim, permanecia passivo.

Afastar a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições não era preocupação do Estado. A Justiça, como outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem pagar. Os que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à Justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas, também, não efetiva.

Na proporção em que as sociedades do *laissez-faire* cresceram, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações assumiram, além do caráter individual, também o coletivo, as sociedades modernas necessariamente deixaram de lado a visão individualista dos direitos, refletida nas Declarações de Direitos, típicas dos séculos anteriores. O movimento foi no sentido de serem reconhecidos os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos fundamentais do Estado, exemplificados no preâmbulo da Constituição francesa de

1946, são, antes de mais nada, os necessários para tornar efetivos, ou seja, acessíveis a todos, os direitos antes proclamados.

É comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpresa que o direito ao acesso efetivo à Justiça tenha ganhado particular atenção.

De fato, o direito à tutela judicial efetiva tem sido progressivamente reconhecido, tendo importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação e realização.

Agora, nos referindo-nos ao sistema acusatório, envolve esse um processo de partes, tendo aplicação nos países que garantem a liberdade do cidadão, como, por exemplo, Itália e Portugal. Sua característica é atuação de partes uma contra a outra, as quais litigam em igual posição e com igualdade de direitos, tendo, entre elas, um juiz, equidistante e imparcial.

Historicamente, estão atrelados ao sistema acusatório os princípios da publicidade, presunção de inocência e contraditório, dentre outros, o que confirma a imparcialidade do magistrado, mas sem as funções de acusador e defensor. Nele, o acusado é verdadeiro sujeito do processo, assumindo postura ativa.

Vigorou o sistema acusatório em quase toda a Antiguidade grega e na Idade Média, sob o domínio do Direito germânico. Em sua origem, esse sistema era uma concepção privada de Direito Penal e se autotutelava. Com a queda do Império romano e a invasão germânica, o processo penal começa a se guiar pelas regras do Código Visigótico (652 d.C.), isto é, um sistema formado pelos acusatório e inquisitório, com um regime de distribuição de competência. Nessa época, cabia ao acusado o ônus de demonstrar que a acusação não era apropriada e aplicar provas indiretas e costumes bárbaros². A retirada desses métodos cruéis de investigação criminal foi demorada e começou com o Cristianismo.

² Essas provas eram os denominados “juízos de Deus” e “ordálias”, verdadeiros testes de sacrifícios, provações físicas por vezes mortais às quais se submetiam os acusados, sendo que, se saíssem vivos, por intervenção divina, eram considerados inocentes. Sua prática foi generalizada, sendo utilizadas durante séculos em toda a Europa. Exemplos dessas lutas contra o próprio corpo eram a

O sistema acusatório iniciou seu declínio no século XIII, no predomínio do Direito canônico começando a criar raízes o sistema inquisitório, tendo como característica a concentração dos poderes de investigar, acusar e julgar nas mãos de uma só pessoa, o inquisidor, que inicia, de ofício, o procedimento e colhe provas a seu critério, independente de haver proposta da acusação ou da defesa.

Esse sistema é marcado pela persecução escrita e secreta, sem contraditório, tendo como regra a prisão preventiva do acusado e a sua incomunicabilidade. Nele, o papel do juiz é relevante na instauração, de ofício, do procedimento e na colheita de provas, em razão do interesse público, uma vez que o Estado tem a função de defender a sociedade contra os delinquentes, não podendo admitir o poder de disposição das partes sobre as provas.

No século XV, o sistema acusatório passou a ser substituído pelas regras do sistema inquisitivo, quando da criação do Tribunal do Santo Ofício, situação que perdurou até o século XIX. Referido Tribunal foi criado em 1480, na Espanha, com a nomeação de quatro clérigos que o integrariam no início, e começou a funcionar no ano subsequente. Sua organização compreendia um Conselho Supremo de Apelação, encabeçado pelo Inquisidor Geral e integrado por três monges, e tribunais inferiores. Sua competência era restrita aos delitos de fé, ou seja, heresias e delitos conexos. Foi abolido por completo em 1820.

A Revolução Francesa, em 1789, representou, em larga medida, o início do abandono do sistema inquisitório. Algumas leis procuraram dar maiores garantias ao acusado, mas o significativo distanciamento do procedimento inquisitório dá-se com o Código de Napoleão, que entrou em vigor em 1811, inaugurando o sistema misto ou francês.

O sistema misto dividiu o processo em duas fases: uma inquisitória e outra amplamente acusatória. Na primeira, havia a instrução preparatória, escrita e secreta, destinada ao juiz, para apurar o fato em sua materialidade e autoria, sem acusação e sem defesa. Na segunda, pública, oral e contraditória, havia o

“prova das bebidas amargas”, a “do veneno”, a “da água”, a “da cruz”, a “das serpentes”, a “do cadáver” e a “prova pelo fogo”, em que o acusado deveria caminhar com os pés nus sobre várias barras de ferro incandescentes, sem se queimar, sob pena de ser considerado culpado (MENDES, 1973, p. 82; TOURINHO FILHO, 1997, v. 1, p. 82)

juízo pelo júri, instituição que era baseada no Direito inglês, em que um acusador público, o Ministério Público, detinha o monopólio da acusação em nome do Estado e exercia o controle dos atos das autoridades que faziam a investigação preliminar e do próprio juiz, na fase de julgamento.

Abandonou-se a fórmula da certeza legal, afastando-se qualquer valor pré-determinado das provas, passando essas a valerem de acordo com o entendimento do julgador, o qual é guiado pelo livre convencimento formado segundo as provas produzidas de acordo com o contraditório.

A adoção de um sistema ou de outro não decorre de simples opção legislativa, mas tem raízes na própria natureza do Estado que o perfilha. É interessante atentar para uma gradual substituição, no Direito comparado, do modelo inquisitivo pelo acusatório, este que efetivamente cumpriria a função de garantia do processo penal, ou seja, garantir ao acusado uma investigação e um juízo igualmente imparciais.

1.2 - Conceituação de princípio, regra e garantia

Inicialmente, define-se princípio, nos dizeres Tucci, como “uma proposição não fática, básica para um sistema de proposições ou porque serve como primeira premissa do sistema ou, como regra, de acordo com a qual o sistema pode ser elaborado”.

Ainda de acordo com Tucci:

O vocábulo princípio, etimologicamente, deriva do latim – *principium, principii* – de *princeps, principis* (o primeiro), forma sincopada de *primiceps*, de *primus* (adjetivo superlativo de *prae* ou *pro*, por intermédio de *pris*, advérbio que significa *antes, primeiramente, antigamente* – o mesmo que *prius*) e de *capere* (captar, tomar, segurar, prender, conceber), cujo significado vulgar se mostra na origem, começo, início de qualquer coisa. (1986, p. 4)

Princípio é “uma proposição não fática, básica para um sistema de proposições, ou porque serve como primeira premissa do sistema, ou como regra, de acordo com a qual o sistema pode ser elaborado”. (TUCCI, 1985, p. 1.099)

Princípio, assim, é o que procede de alguma coisa, de alguma forma, sendo dele derivadas proposições e ele determina o aparecimento de outras

proposições. Ele dá sentido e orientação a um sistema, posicionando-se sobre todas as regras, e essas se apresentam logo abaixo dos princípios, sendo genéricas ou específicas.

Princípios também são as ideias fundamentais que constituem os valores básicos da sociedade. Começaram a ser positivados, primeiro em Códigos e, depois, em Constituições. Essa trajetória foi lenta, com avanços, recuos e revoluções, variando de lugar para lugar.

O primeiro documento que positivou alguns desses princípios foi a Magna Carta de 1215, documento que tinha por objetivo específico proteger a nobreza inglesa, não sendo uma Carta de direitos universais, voltada para um pequeno grupo de pessoas, escrita em latim para ser inalcançável aos plebeus ingleses que não conheciam o idioma.

Após a Magna Carta, surgiram outros documentos, em especial, as declarações americanas e a declaração francesa de 1789, esta última foi o primeiro documento realmente universal, que pretendia outorgar direitos, agasalhados nesses diversos princípios, a todo homem, independentemente de ser cidadão francês, uma vez que queria atingir a todos. Foi o primeiro documento verdadeiramente universal.

Os princípios são regras necessariamente escritas que o juiz extrai da tradição jurídica; eles exprimem um direito subjetivo. O fato de ser norma não escrita não quer dizer que os princípios não possam ser positivados, mas podem e devem, e nunca se esgotam nas regras enunciadas.

Têm os princípios por função assegurar a continuidade e estabilidade da ordem jurídica e homogeneizar o sistema, servindo de norma social a circunscrever as leis e a possibilitar o seu controle de constitucionalidade. Além disso, tem o princípio uma falta de precisão além da generalização e abstração, diferentemente da regra. Canotilho (2000) assevera a distinção entre princípios jurídicos e regras de direito, ressaltando a importância de o Direito Constitucional ter por base os primeiros, que, diante das características e abrangência, merecem lugar de destaque no ordenamento jurídico.

A metodologia jurídica tradicional estabelecia distinção entre normas e princípios. Ocorre que essa distinção foi substituída pela ideia de que norma é o gênero que engloba as regras e os princípios. A distinção entre princípios e regras utiliza diversos critérios. Quanto à abstração, os princípios têm um grau de abstração maior do que a regra, sendo, portanto, vagos e indeterminados.

As regras, por serem mais determinadas, comportam aplicação direta. Os princípios, sendo mais vagos e indeterminados, comportam mediação concretizadora dos legisladores e juízes.

Diferentemente das regras, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, mas apenas enunciam motivos para que se decida em determinado sentido, que não imponham ao aplicador e intérprete uma única decisão concreta, mas admitam conciliação e convivência com outros princípios que concorram, num complexo sistema de freios e contrapesos muito semelhante ao que, nos regimes democráticos, regula a distribuição de funções entre os Poderes do Estado.

Os princípios, de acordo com sua origem e finalidade, possuem importante dimensão institucional como fator de criação e manutenção da unidade política, na medida em que viabilizam a celebração de pactos e a convivência entre as pessoas, sem os quais as disputas ideológicas não se findariam e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação de leis fundamentais. Acrescente-se que os princípios são dotados de importância fundamental na constituição e estruturação do sistema jurídico. E como os princípios são normalmente definidos a partir de seu cotejo com as regras, as garantias podem ser conceituadas por meio de sua comparação com os direitos.

Os direitos têm o fim imediato de proteger determinados bens das pessoas, como a vida, a liberdade, a honra. As garantias consideradas fundamentais têm o objetivo de proteger esses direitos de maneira mediata, limitando o exercício do poder; estas últimas asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.

Nota-se que as garantias aproximam-se dos princípios. Daí a espécie de princípios proposta por Canotilho, os princípios-garantias. Consoante a tipologia de Canotilho, há determinados princípios que: “

(...) visam instituir directa e imediatamente uma garantia aos cidadãos. É lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.”(CANOTILHO, 1991, p. 179).

O citado autor nominou a categoria de princípios-garantia, aos quais está “o legislador estreitamente vinculado em sua aplicação” (CANOTILHO, 1991, p. 179), sugerindo como exemplos os seguintes: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *non bis is idem*, *in dubio pro reo*, entre outros.

Os princípios-garantia funcionam ao mesmo tempo como princípio interpretativo do ordenamento jurídico e como garantia dos cidadãos a ser observada não só pelo legislador, mas, também, pelo intérprete da norma. Por isso, é justificável o emprego dos termos **princípio** e **garantia**, desde que, fundamentadamente, para designar tal categoria.

Vê-se que a indefinição ao designar determinados cânones jurídicos ora de princípio, ora de garantia, decorre do fato de que certos princípios manifestam, em seu interior, justamente garantias dos cidadãos.

Não se trata, pois, de uma distinção apenas terminológica, mas se exige clareza conceitual. Quando há várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto.

De acordo com Ávila, que tem particular concepção de princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de

coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. (AVILA, 2001, p. 193-194).

A Constituição de 1988 pôs fim ao autoritarismo e iniciou uma era mais democrática. Essa Carta Constitucional conferiu ao Poder Judiciário autonomia institucional até então desconhecida por outros diplomas constituintes. Além de assegurar a autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, a Carta Magna também assegurou a autonomia funcional dos magistrados.

Dentre os vários princípios constantes no artigo 5º da Constituição, tem-se o princípio da proteção judicial efetiva, um dos mais importantes no que se refere aos direitos e garantias fundamentais estatuídos pela Carta Constitucional. Ele surgiu com a Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, para conter a morosidade da Justiça no julgamento de processos a ela submetidos. Ocorre que pode haver uma súmula restritiva de direitos fundamentais, como aquela relativa à perda dos dias remidos. Nesse caso, o Estado agiu na proteção judicial efetiva de seus próprios interesses.

Dentre as inovações que contribuíram para o fortalecimento do princípio da proteção judicial efetiva, destaca-se a criação: a) do Conselho Nacional de Justiça; b) do instituto da súmula vinculante; e c) do requisito de repercussão geral dos recursos extraordinários. Um Poder Judiciário célere e eficiente é um imperativo que se impõe. Quanto aos três institutos, fala-se adiante.

1.3 - O devido processo legal

Antes de se adentrar na análise estrutural do tema do devido processo legal, e diante da imprecisão terminológica, tem-se que dirimir uma questão, ou seja, se o devido processo legal é um princípio, um postulado ou uma garantia?

Sobre o assunto, Ávila afirma: “(...) o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade”³.

O princípio do devido processo legal engloba vários outros princípios processuais, e se os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual não prevista de modo expreso na lei, usa-se o princípio em tela.

Como ressaltado, a garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215, na Inglaterra, por João Sem-Terra a seus barões feudais, como maneira de limitar o absolutismo e suas práticas.

Essa garantia tem assento constitucional nos Estados Unidos da América do Norte. Surgindo na Inglaterra, de lá, passou o devido processo legal às colônias americanas, sendo aplicado pelos tribunais americanos para verificar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a ponto de impedir sua vigência se fosse verificada sua arbitrariedade. Em linhas gerais, o Poder Judiciário podia fulminar lei ou ato normativo que não tivesse justificção racional e que não estivesse devidamente fundamentado em uma real necessidade, assumindo o Poder Judiciário americano importância no controle dos atos do Executivo e do Legislativo.

³ “A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. É justamente por isso que cresce em importância a distinção entre categorias que o aplicador do direito utiliza. O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito. (ÁVILA, 2011, p. 24-25)

De início, predominou uma visão individualista do devido processo legal com a finalidade de resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Esse entendimento vigorou na primeira metade do século XX e parte da segunda, perdendo força diante do predomínio de uma ótica publicista, de acordo com a qual as regras do devido processo legal são garantias das partes e do justo processo.

De acordo com entendimento atual de parte dos doutrinadores, a garantia não se circunscreve ao âmbito puramente processual, assumindo também uma feição substancial. A observância da garantia exige que as normas derivem de um processo legislativo de elaboração previamente definido.

Desenvolveu-se o princípio do devido processo legal no Direito Processual e no Direito substantivo; neste último, assumindo a denominação de princípio da razoabilidade para controlar o conteúdo dos atos administrativos e das leis.

No entendimento de Ávila, há distinção entre razoabilidade e proporcionalidade nos seguintes termos:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. É o que se passa a demonstrar.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove realização de um estado de coisas.

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

(...)

Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição do excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados. (AVILA, 2011, p. 171-172)

A proporcionalidade, princípio geral do Direito, indica a harmonia e a regulação de um sistema, abrangendo, no Direito Penal, o campo das penas. A Constituição Federal indica que penas são permitidas para aplicação ao autor de uma infração penal, no mesmo contexto do princípio da individualização das penas, sendo admissíveis as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e a pena de multa. Assim, deve-se preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas, além de fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime. Pode-se dizer, portanto, que é desumana uma sanção penal quando aplicada em nítida desproporção entre o fato e o dano gerado.

Durante muitos anos, várias modificações foram inseridas no Código Penal, gerando a perda de harmonia entre crimes e penas, abrindo oportunidade para o desprestígio do princípio da proporcionalidade. Pode-se citar como ofensivo ao princípio da proporcionalidade a redação conferida ao artigo 180, § 1º, do Código Penal, que prevê o crime de receptação qualificada. Esse parágrafo descreve um crime próprio, em que se pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão “que deve saber ser produto de crime”. Ocorre que o *caput* do mesmo artigo prevê o conhecimento pleno, conectando-se ao dolo direto. Ora, se o comerciante devia saber que a coisa era produto de crime, o que demonstra desconfiança, dúvida, incerteza, sua pena será de três a oito anos; se ele sabia, sua pena será de um a quatro anos.

Vê-se que a conduta mais censurável: aquela de quem *sabe*, é apenas menos severamente do que aquela de quem *deve saber*, afrontando sobremaneira o

princípio da proporcionalidade. De acordo com Stumm (1995, p. 71), “uma lei infraconstitucional que contradiga um princípio constitucional é inválida”.

Porém, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em sentido contrário⁴.

Na Alemanha, a jurisprudência orientou-se no sentido de conceber o princípio da proporcionalidade como compreendido naquele da dignidade humana, o qual foi consagrado na Constituição e na lei ordinária.

O princípio da proporcionalidade é um princípio geral do Direito e, em sentido amplo, obriga os atores do processo a alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito, exigindo que as restrições aos direitos fundamentais sejam previstas em lei, sendo adequadas aos fins legítimos a que se dirijam e constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática para alcançá-los.

Pelo fato de o princípio da proporcionalidade ser muito geral, doutrina e jurisprudência estabeleceram nítidos contornos, identificando os pressupostos e requisitos. Esse princípio será estudado no próximo capítulo.

⁴ DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece. 4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. 5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida. 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na ed. da referida norma. 7. Recurso extraordinário improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 443388)

O devido processo legal, em sua acepção formal, impõe a obediência estrita das normas processuais para que o processo penal dê iguais oportunidades às partes e à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, ou seja, o contraditório, o juiz natural, a publicidade e a motivação dos atos, a presunção de inocência, a suficiência da identificação civil, a simetria entre a imputação e a condenação, a proibição das provas ilícitas, o dever de o defensor dativo recorrer, a presença do réu preso aos atos instrutórios e a rapidez nas decisões.

Há, ainda, o aspecto substantivo do devido processo legal. Nesse ponto, é possível ao magistrado verificar se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende à razoabilidade, ou se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal e preenche os requisitos da motivação e da judicialidade.

A garantia do devido processo legal, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, orienta a conveniência das custódias corporais cautelares, sendo a manutenção das prisões cautelares existente no limite exato do princípio ora em estudo. Tudo o que exceder a essa medida é inconstitucional e deve ser rejeitado pelos tribunais.

Nestes termos, o devido processo legal possui dois aspectos, quais sejam, o material ou substantivo, de Direito Penal, e o processual ou procedimental, de Processo Penal, podendo haver desrespeito à sua dimensão substantiva, relativamente a Direito Processual, como, por exemplo, com a determinação de providências cautelares muito gravosas, ou desvinculadas de parâmetros temporais, como será abordado mais adiante.

No primeiro deles é que está o princípio da legalidade. No outro prisma, há várias garantias para que o Estado apure a culpa de alguém visando, ao final, se for o caso, à aplicação de uma sanção.

Para o devido processo legal judicial ou procedimental, todos os processos, ou seja, todas as atividades persecutórias devem seguir as formalidades legais e respeitar estritamente as garantias do devido processo legal.

Para o devido processo legal substantivo, a criação de regras jurídicas possui limites. O legislador deve produzir regras justas. A produção legislativa não

deve seguir o procedimento legislativo em seu conteúdo proporcional, equilibrado. Esse sentido exprime o princípio da proporcionalidade, que não disciplina somente os atos do Poder Legislativo.

Na realidade, nenhum ato do Poder Público, sobretudo o que implica restrição de algum direito fundamental, pode ser arbitrário. Todos os atos públicos, principalmente os restritivos dos direitos fundamentais, devem ser regidos pela razoabilidade ou proporcionalidade.

Ainda com relação ao devido processo legal substancial, não é correto citar o dispositivo relativo ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF) como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado devido processo legal substancial. (AVILA, 2010, p. 358).

Os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade são os princípios da liberdade e igualdade, e o recurso ao dispositivo relativo ao devido processo legal como seu fundamento normativo, quando a Carta Magna já prevê referidos princípios da liberdade e da igualdade, é redundante e desnecessário. O que se busca no referido dispositivo constitucional já é dado por esses dois últimos princípios. (AVILA, 2010, p. 358).

Nessas condições, os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo quando não há qualquer previsão expressa ao devido processo legal. As Constituições anteriores à de 1988 não continham expressos os dispositivos relativos a esse princípio. Mesmo assim, as exigências da proporcionalidade e razoabilidade foram aplicadas antes mesmo de sua introdução em dispositivo específico. (AVILA, 2010, p. 358).

A Constituição alemã, por exemplo, não contém dispositivo relativo ao devido processo legal; no entanto, as exigências de proporcionalidade e razoabilidade são intensamente aplicadas pela jurisprudência daquele país. É, portanto, um erro invocar o dispositivo relativo ao devido processo legal como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. (AVILA, 2010, p. 359).

O uso da expressão devido processo legal substancial como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do devido processo legal é inconsistente, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres da proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao devido processo legal, quando, na verdade, seu fundamento está na positivação dos princípios de igualdade e liberdade junto com as finalidades do Estado. (AVILA, 2010, p. 359)

Os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são de aplicação mesmo fora do âmbito do processo, razão pela qual não há sentido na expressão *devido processo legal substancial* para representá-los. (AVILA, 2010, p. 359).

O devido processo legal substancial, se for compreendido como os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, leva a entender que esses deveres não estão presentes no devido processo legal procedimental, quando servem para a própria configuração como processo justo. (AVILA, 2010, p. 359).

Também a expressão devido processo legal é usada no sentido procedimental, não sendo correto o uso dessa expressão em contraposição ao devido processo legal substancial. (AVILA, 2010, p. 359).

Como são os deveres de proporcionalidade e razoabilidade que vão definir, junto com outros critérios, o que é um processo justo e adequado, é errôneo afirmar que há um devido processo legal procedimental, entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do devido processo legal substancial, compreendido como exigência de proporcionalidade e razoabilidade. (AVILA, 2010, p. 359)

A Constituição Federal, com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar a garantia a um processo justo e adequado. Logo, havendo um processo, ele deve ser justo e compatível com o ordenamento jurídico, principalmente com os direitos fundamentais. O constituinte não somente incluiu na Constituição um dispositivo relativo ao devido processo legal, como fez constar vários elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII) e imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV e LVI), motivação das

decisões (art. 93, IX), publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX), a proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI), dentre outros. (AVILA, 2010, p. 360)

O devido processo legal procedimental é um princípio que exige a realização de um ideal de protetividade de direitos, sem indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal. Tal dispositivo tem por função a criação, interpretação de elementos necessários a promover o ideal de protetividade, além do bloqueio daqueles que vierem na sua contramão.

Muitos dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade estão disciplinados na Carta Magna ou por meio de ideais mais restritos, como a ampla defesa e o contraditório, ou por meio de comportamentos e prerrogativas, como as regras do juiz natural imparcial, da motivação, publicidade e proibição da prova ilícita. Além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental exerce uma função rearticuladora com relação a esses elementos, que tanto podem divergir como convergir relativamente a um fim maior.

A expressão *devido processo legal* deve ser usada somente como princípio procedimental, deixando-se os deveres da proporcionalidade e razoabilidade atrelados a seus verdadeiros fundamentos normativos, quais sejam, os princípios da liberdade e igualdade. A efetiva realização desse princípio pressupõe sua adequada compreensão. (AVILA, 2010, p. 362)

É possível que se identifique o devido processo legal nas esferas civil e administrativa, mas no âmbito penal delinea-se pela aplicação efetiva dos princípios legalidade, anterioridade e taxatividade. Analisem-se o primeiro desses princípios.

Com o Iluminismo, surge um Direito Penal liberal e garantidor, isto é, o Estado já não podia mais punir o indivíduo em qualquer hipótese. A lei foi erigida à categoria de *conditio sine qua non* para a imposição de uma sanção, fazendo com que a liberdade individual ficasse protegida contra os arbítrios do Estado e da sociedade.

No caso do Direito ocorreu a mesma coisa. Os avanços da ciência, tecnologia, política, economia e sociologia obrigaram e obrigam a ciência jurídica a um posicionamento em relação a essas inovações. A eficácia garantidora da

Constituição é posta em dúvida. O Direito Penal, por exemplo, atravessou uma crise institucional, com origem na própria crise do clássico Estado de Direito.

Há alguns anos, o cientista penal deparava-se com problemas envolvendo o nexo causal, dolo, culpa, resultado, excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito), concurso de pessoas e outros já consolidados na Teoria Geral do Delito. O jurista fazia uso desses institutos buscando a melhor solução para se aplicar aos delitos de homicídio, furto, roubo, estupro e outros que repousam sob o manto da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.

Em uma sociedade organizada, o convívio impõe a seus integrantes obrigação de respeito padronizada pelo Estado, para que seja pacífico o desenvolvimento social, bastando que o homem não lese seu semelhante, independente de esse respeito ser contra ou a favor de sua vontade. Portanto, no Direito Penal tanto faz que a morte de alguém seja dolosa ou culposa, o importante é que ela não se ocorra.

O homem precisa de regras de conduta, mas essas só devem ser impostas quando o homem delas necessite, ou seja, toda regra jurídica deve impor comandos que restrinjam interesses que demandem proteção.

A relação entre o Direito e a moral foi objeto de muitas discussões entre filósofos. De acordo com Schmidt:

do jusnaturalismo, em linhas gerais, advém a conclusão no sentido de que o Direito deve estar submetido à moral, posto que deve tutelar os direitos naturais do homem; do historicismo, principalmente o hegeliano, surge a asserção no sentido de que é a moral que deve submeter-se ao Direito instituído pelo Estado; do positivismo jurídico decorre a total separação entre o ordenamento jurídico e o ordenamento moral; do neopositivismo, ressurgiu uma nova fusão entre o Direito e moral, embora aquele sobreponha-se a esta; e, por fim, da tópica-jurídica origina-se a criação de subsistemas jurídicos reguladores de situações concretas, não aplicáveis, necessariamente, a outras situações fáticas. (SCHMIDT, 2001, p.369).

No Direito Penal, tem-se que há uma parcial separação entre o Direito e a moral, não se confundindo os dois sistemas. Toda restrição externa somente pode ser dada pelo Direito e não pela moral. Todo comportamento que seja desvalorado pelo Direito há de ser, também, desvalorado pela moral, porém nem todo desvalor moral deve ser proibido pelo Direito. Toda restrição à liberdade externa deve ser

feita pela moral e pelo Direito, mas sua ampliação pode ser efetivada pela moral, ainda que não expressamente pelo Direito (SCHMIDT, 2001, p. 369).

É fato que o homem vive em sociedade. Ocorre que o ser humano não possui aspirações, convicções e necessidades idênticas a outros, e, assim, impõe-se a regulação social. Nesse sentido é que deve ser entendido o Estado como um ente capaz de administrar, da melhor forma possível, as diferenças entre as pessoas. É missão do Estado administrar a sociedade da qual ele faz parte, devendo sua atuação regulativa estar justificada pelo interesse geral. (SCHMIDT, 2001, p. 370).

Nessa busca de legitimação, o Estado deve abandonar a utopia da sociedade perfeita, uma vez que o conflito, o litígio faz parte da evolução humana, demandando uma intervenção institucionalizada junto a esses conflitos. Um dos mecanismos do Estado para administrar esses problemas é o Direito Penal, que se serve, por exemplo, da privação da liberdade para cumprir seu mister. (SCHMIDT, 2001, p. 370).

A sociedade é integrada tanto pela vítima do delito como pelo delinquente e ambos devem ter a proteção do Estado. Em outras palavras, “deve o Estado, nessa regulação social, para justificar-se, atuar na busca da máxima felicidade possível da sociedade não desviada, como, ademais, no mínimo sofrimento possível da sociedade desviada”. (SCHMIDT, 2001, p. 370).

O Direito Penal compreende não só as reprimendas que serão impostas ao agente do delito, mas, também, as proibições e o processo de que se vale para efetivar a sua intervenção. Todo o Direito Penal deve restar justificado, sob pena de tornar-se prescindível. Ocorre que essa ideia não é absoluta, como se pode pensar no caso em que não tenha ocorrido justificação de determinada incriminação. Daí decorreria, por si só, a sua prescindibilidade. (SCHMIDT, 2001, p. 370).

Se o Direito Penal é formado por proibições, penas e processo, se as suas consequências são as mais contundentes a direitos fundamentais e se o titular desses direitos não é só o sujeito passivo da regulação, como o sujeito ativo, impõe-se reconhecer que essa relação do Estado com a sociedade há de ser ponderada sobre um custo, calculado de tal forma que esse custo da intervenção revele-se

menor do que aquele produzido para essa sociedade, caso essa intervenção não ocorresse. (SCHMIDT, 2001, p. 371).

O fundamento de toda proibição legal é a intimidação da sociedade a não realizar a conduta descrita no comando, como se vê na teoria da prevenção geral positiva que busca a justa punição ao delinquente, como forma de satisfazer o sentimento de justiça do mundo ao seu redor. O fato de uma proibição penal jamais conseguir intimidar a sociedade não retira a legitimidade do seu fundamento de que deve ela continuar buscando essa intimidação.

A teoria da prevenção geral positiva é criticada por sua ausência de eficácia, uma vez que não há estudos que comprovem o poder da pena de motivar a fidelidade ao Direito, utilizando a sanção criminal como instrumento de opressão social.

O fato é que toda proibição penal tem fundamento na necessária e suficiente intervenção do Estado, capaz de afastar a punição informal e desregrada. De um lado, a intimidação estipula os limites mínimos da norma penal; de outro lado, evitar a vingança informal é estabelecer os limites máximos dessa norma. (SCHMIDT, 2001, p. 371).

A intervenção penal, por meio dos tipos penais incriminadores, deve intimidar a sociedade para não realizar a conduta que está descrita, até o limite necessário para frear a prática de reações informais, arbitrárias e desregradas não só da sociedade, mas também do próprio Estado, que deve proibir para intimidar e para evitar a vingança informal.

O convívio em uma sociedade organizada demanda certas regras e essas dependem de um conhecimento anterior não só do exato alcance de seu conteúdo, como da verdadeira fonte para editá-las.

O ideal de segurança jurídica depende, por um lado, de que o Poder competente para editar as leis penais que vincularão a sociedade e o Estado não detenha também a competência para aplicá-las e para administrar o ente público, sob pena de o sistema não ser autorregulativo, e, por outro lado, de que a sociedade tenha conhecimento anterior do instrumento que limita essa liberdade e do seu

verdadeiro alcance e conteúdo. Deve-se proibir, mas com segurança. A questão da segurança jurídica relacionada à súmula vinculante será tratada no terceiro capítulo.

Ocorre que proibir com segurança não é suficiente. É sabido que diversos Estados praticavam atrocidades e abusos contra seu povo, inclusive valendo-se da lei segura para atingir as finalidades que sejam convenientes. Ora, não é admissível na sociedade desses dias. Instalada a democracia e ainda que exercida indiretamente, demanda-se uma atividade do Estado voltada para assegurar a liberdade individual e para realizar as necessidades sociais; passando a ser o Estado um ente que se desenvolve partindo do homem, de maneira que toda atuação estatal deve não só buscar, mas respeitar os direitos fundamentais do homem.

O conteúdo de toda proibição penal está vinculado axiologicamente pelos valores inseridos na Constituição e é a isso que, hoje, se pode dar o nome de moral. Não é uma moral qualquer, oriunda de qualquer sujeito, mas, sim, de uma moral que adentra no ordenamento jurídico como mecanismo de limitação do Estado e da sociedade, em benefício dessa última. (SCHMIDT, 2001, p. 373).

Para se saber o que punir, deve-se complementar o princípio da legalidade. A proibição penal, no seu conteúdo, só pode contemplar condutas culpáveis, isto é, condutas que estejam ligadas ao autor de um fato reprovável. Além disso, toda proibição penal deve ser feita nas hipóteses em que outros mecanismos de controle social não sejam capazes de controlar o desvio e, portanto, será possível a atuação do Direito Penal nesses casos. (SCHMIDT, 2001, p. 374).

O princípio da legalidade, dentro do Direito Penal, possui quatro desdobramentos, a saber: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, *nullum crimen nulla poena sine lege previa* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. (SCHMIDT, 2001, p. 374).

Sob o manto do Estado Democrático de Direito, é necessário estabelecer uma eficácia garantidora ao princípio da legalidade que seja capaz de vincular o conteúdo do Direito Penal, devendo haver, ainda, um quinto desdobramento desse princípio, ou seja, *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae* (SCHMIDT, 2001, p. 374). Na realidade, quando assim se manifesta, o autor hipertrofia o

princípio da legalidade, nele inserindo aspectos que, em verdade, referem-se a outros princípios, como o da culpabilidade e o da subsidiariedade.

De acordo com o princípio da culpabilidade, somente é possível responsabilizar o agente por um crime praticado se ele for culpável. Schmidt, *apud* Bitencourt, lembra que o termo culpabilidade pode ser abordado num triplo sentido:

a) como *fundamento da pena*, no sentido de que ao autor de um injusto penal somente seja cominada uma sanção caso sua conduta seja dotada de *reprovabilidade*, segundo requisitos mínimos estabelecidos pela dogmática penal; b) como *limite da pena*, tolhendo a sua cominação a quem ou além das finalidades do sistema penal; c) como *responsabilização subjetiva*, impedindo a imputação de um resultado a alguém sempre que este não tenha obrado, ao menos, culposamente” (SCHMIDT, 2001, 126). O princípio da culpabilidade desdobra-se em três outros subprincípios: intrascendência, responsabilidade pelo fato e responsabilidade subjetiva. (SCHMIDT, 2001, p. 128-129)

O princípio da necessidade ou intervenção mínima prescreve que as proibições de cunho penal, por deterem a potencialidade de lesar o mais valioso dos bens jurídicos, somente devem ser editadas quando absolutamente necessárias para prevenir o desvio social. Desse princípio decorrem duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Essa última é o mais nítido reflexo da proporcionalidade, de acordo com o qual o fim e o fundamento de uma intervenção devem restar justificados com os efeitos dessa, para que se controlem os eventuais excessos. (SCHMIDT, 2001, p. 132).

O princípio da legalidade encontra-se em uma dupla crise, sendo uma referente à sua eficácia e outra à sua amplitude. De acordo com a primeira, está-se diante de um princípio da legalidade formal, cujo conteúdo é conhecido, mas se encontra em contradição com o Direito Penal brasileiro. Esse tipo de princípio da legalidade tem se revelado ineficaz para controlar os abusos ocorridos na área penal, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo, o *sursis*, o livramento condicional, entre outros. (SCHMIDT, 2001, p. 375).

O legislador, o administrador e o julgador, a pretexto de defender a sociedade, mas não os autores dos crimes não se importam com a reserva legal. Nas palavras de Schmidt:

por meio de um discurso jurídico, toda ideologia é sustentada e, portanto, revela-se fundamental estabelecer uma base ideológica de intervenção penal para minimizar a violência social, como, também, a violência estatal.

Esta ideologia deve ser capaz de perceber que o e que se deve considerar como titular desses direitos não só o sujeito passivo da regulação, mas também o sujeito ativo. (SCHMIDT, 2001, p. 377)

Não adianta punir com segurança se o conteúdo da norma, apesar de seguro, protege valores que, ou não precisam ou são desproporcionais à lesão sofrida com a intervenção penal. Ainda segundo Schmidt:

a reserva da lei merece uma ampliação capaz de tutelar substancialmente os direitos de liberdade e os direitos sociais da pessoa contra a intervenção penal. E isso será conseguido no momento em que o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima passarem a integrar o conteúdo do *nullum crimen nulla poena sine lege*, formando o quinto desdobramento antes referido, ou seja, *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*. (SCHMIDT, 2001, p. 377)

Esses três princípios devem ser vistos não apenas como recomendações ou conselhos dados aos três Poderes do Estado, que, se não forem observados, não afetam a legalidade da lei penal. A partir do momento em que a Constituição Federal, adotando o regime Democrático de Direito enumera os objetivos a serem seguidos pela República Federativa do Brasil e descreve direitos individuais e sociais sem excluir outros que eventualmente não tenham sido nela mencionados, obriga-se a observar os valores previstos na Magna Carta e, assim, a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima se tornam condições de validade da lei penal.

Diante disso, a evolução da sociedade deu origem a uma criminalidade, em que as armas são substituídas por caneta e papel. O Direito Penal é o único ramo do ordenamento jurídico capaz de autorizar a cominação de penas privativas de liberdade, mas as outras sanções, como as pecuniárias e as restritivas de direitos, podem ser objeto de outras áreas do Direito. É necessário atentar para a existência de garantias penais fundamentais, previstas na Constituição, que são intransponíveis por qualquer pretensão estatal, embora não sejam elas aplicáveis totalmente ao Direito extrapenal. A intervenção penal é o mecanismo de controle social mais contundente a direitos fundamentais de delinquentes.

Analisando a necessidade de utilização da pena privativa de liberdade no combate à criminalidade dos dias atuais, ou seja, à necessidade da aplicação desse tipo de pena aos crimes praticados por meio da informática, os crimes econômicos, tributários, entre outros, esses desvios sociais devem ser reprimidos com mecanismos eficazes e imediatos. Porém, essas características esbarram nas

garantias penais constitucionais, sendo a cominação de pena privativa de liberdade posta em dúvida. Por exemplo, a pena de recuperação do meio ambiente, pena aplicável à pessoa jurídica em crimes ambientais, por não ser uma restrição direta à liberdade individual, poderia ser imposta pela Administração ou por uma ação civil pública, em sede de antecipação de tutela, com maior eficácia.

Ou essa nova criminalidade deve ser tratada pelo Direito Penal e, então, chega-se à conclusão de que isso levaria a uma quebra de garantias fundamentais, como “a contaminação da base teórico-dedutiva aplicável à ‘criminalidade clássica” (SCHMIDT, 2001, p. 379), ou mantêm-se íntegras essas garantias, relegando-se a referida criminalidade a outro ramo do Direito, mais eficaz e menos lesivo a direitos fundamentais do homem.

Os direitos fundamentais inseridos na Carta Magna contêm vários princípios implícitos ou explícitos, que não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional tendente a suprimi-los. A lei penal deve ser confirmada formal e materialmente pela Constituição, sendo que as garantias, por exemplo, da presunção de inocência, da culpabilidade e da lesividade, impedem que, aos modernos delitos mencionados, seja aberta uma fresta por onde passa a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e outros recursos para combater esse tipo de desvio social. (SCHMIDT, 2001, p. 379).

Se a pena privativa de liberdade não é um mecanismo útil a esse combate, não há motivos para sua manutenção num ramo do Direito que é tratado como fragmentário e subsidiário em relação aos demais. (SCHMIDT, 2001, p. 380).

Cabem ao cientista penal as tarefas de revisar o conteúdo, o alcance e os destinatários do princípio da legalidade (formal) e a de perceber que, no Estado Democrático de Direito, o mérito dos atos administrativos, legislativos e judiciais sofre uma vinculação de legalidade, a ponto de o conteúdo do ato ver-se obrigado a se submeter ao que diz a Constituição. No Direito Penal, esse controle é feito pelo princípio da legalidade material antes mesmo de a lei penal ser editada, pelos Poderes Legislativo e Executivo (não lesão a direitos de liberdade e satisfação de direitos sociais) e depois da existência da lei, nesse caso, pelos Poderes Judiciário e

Executivo (esse último, nos mesmos moldes do controle prévio). (SCHMIDT, 2001, p. 380)

A efetividade do princípio da legalidade é uma meta a ser buscada não só pelo legislador penal, mas, também, pelo aplicador da norma penal. O problema é muito mais uma questão axiológico-educacional do que teórica. Sendo o Direito uma ciência não exata, está sujeito a juízo, valoração, ideologia e filosofia. (SCHMIDT, 2001, p. 381).

Em sua obra *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, Bottini, ao se referir ao direito penal de velocidades de Silva Sánchez e à formulação de Hassemer, preceitua que o primeiro trata o direito penal do risco apontando as transformações na dogmática e na prática penal, que derivam do surgimento de novos riscos, como a criação de tipos penais de perigo abstrato e a desformalização do processo de persecução. Além disso, Silva Sanchez

sugere cautela diante destas novidades porque, muitas vezes, elas se confrontam com os princípios consagrados pelo pensamento penal, como a presunção de inocência, a culpabilidade, o devido processo legal, a legalidade e a jurisdicionalidade. (BOTTINI, 2007, p. 101).

Ocorre que Silva Sánchez não se manifesta pela redução do direito penal a um patamar mínimo, mas defende um sistema que faça frente a novos riscos e que respeite também os princípios de um Estado Democrático de Direito, ou seja, o direito penal de duas velocidades. Para esse autor, a expansão do direito penal atual deve vir junto com a redução do rigor das sanções. Assim, a flexibilização de princípios tradicionais será permitida quando correspondida pela generalização das penas privativas de direitos, pecuniárias ou reparação penal, em vez da pena privativa de liberdade. (BOTTINI, 2007, p. 102).

Mantêm-se no âmbito do Direito Penal as condutas que afetam bens jurídicos tradicionais, como a vida e a propriedade, além daquelas condutas que afetam bens coletivos, ou que simplesmente apontam para uma periculosidade em relação aos interesses protegidos pela norma penal. Na primeira hipótese, valeriam as regras e instrumentos dogmáticos do sistema penal atual, com seus princípios rígidos e suas penas ancoradas na privação da liberdade. No segundo caso, vigoraria um Direito Penal diferente, mais brando, com sanções não privativas de

liberdade, com institutos e limites mais flexíveis para amparar os contextos e riscos novos trazidos pelo desenvolvimento científico. (BOTTINI, 2007, p. 102)

Da mesma forma que Hassemer, Silva Sánchez propõe divisão no tratamento das condutas ilícitas, com a diferença que o primeiro deles cria um novo ramo de regulação, ou seja, o direito de intervenção, fora do direito penal, ao mesmo tempo em que o segundo engloba todas as atividades dentro do espaço de vigência das normas penais, porém estabelecendo dois níveis, ou duas velocidades internas ao sistema. Diante disso, Silva Sánchez preceitua que as formas rígidas com que se exerce o poder punitivo são um importante fator de prevenção. A vantagem de se manter essas condutas dentro do Direito Penal decorria do vigor desse mecanismo público de persecução, que lhe atribui uma força comunicativa superior e uma capacidade maior de coerção. A manutenção desses atos dentro do Direito Penal evitaria a consolidação de um direito penal de classes. (BOTTINI, 2007, p. 102-103)

Bottini preceitua:

As propostas de HASSEMER e de SILVA SÁNCHEZ são demonstrações inequívocas de perplexidade do jurista diante dos novos riscos. O paradoxo do risco mostra sua força nas construções mencionadas porque, ao mesmo tempo em que se preocupam com os novos riscos e seu potencial lesivo, e buscam uma forma mais ou menos rígida para sua inibição, também reconhecem sua necessidade e a dificuldade de equiparar sua produção aos delitos tradicionais. A dubiedade do papel do risco impõe aos autores mencionados o desenvolvimento das propostas de decomposição dos mecanismos de controle no sentido de garantir a minimização dos riscos, mas por meio de instrumentos menos ortodoxos, como o ordenamento de intervenção (HASSEMER) ou o direito penal de duas velocidades (SILVA SÁNCHEZ). (BOTTINI, 2007, p. 102)

No Brasil, vem o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal. É o princípio mais importante do direito penal.

Alguns autores atribuem a sua origem à Magna Carta Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem-Terra, em seu artigo 39. Porém, foi com a Revolução Francesa que o princípio atingiu os moldes exigidos pelo Direito Penal, conforme se vê dos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver previsão legal criando o tipo incriminador, definindo as

condutas proibidas, sob ameaça de sanção. O princípio da legalidade possui quatro funções. A primeira função é a proibição da retroatividade da lei penal, que só poderá retroagir para beneficiar o réu. A regra é a irretroatividade; a exceção, a retroatividade para beneficiar o agente.

A segunda função é a proibição da tipificação de crimes e de penas pelos costumes. Da afirmação de que somente a lei pode tipificar crimes e cominar penas, proíbe-se a invocação do costume para a fundamentação ou agravação da pena.

Há, ainda, a proibição do emprego da analogia para tipificar os crimes, fundamentar ou agravar penas. Veda-se o recurso da analogia *in malam partem* para criar hipóteses que venham a prejudicar o agente, seja tipificando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Não pode o intérprete socorrer-se da analogia para tipificar fatos similares aos estabelecidos pelo legislador em prejuízo do agente.

Por fim, ainda como função do princípio da legalidade, tem-se a proibição de incriminações vagas e indeterminadas. O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo infrações penais. Obriga, ainda, que, no preceito primário do tipo penal incriminador, haja definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, com base em tal princípio, a tipificação de infrações que contenham conceitos vagos e imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa. Somente a lei em seu sentido estrito pode tipificar infrações penais, proibindo condutas sob ameaça de pena. Hoje, veda-se expressamente a tipificação de infrações penais por medidas provisórias (artigo 62, § 1º, inciso I, alínea *b*, da CF).

De acordo com o princípio da taxatividade, se não existe crime sem prévia definição legal, nem pena sem prévia cominação, é certo que se deva exigir do Poder Legislativo a correta redação dos tipos penais incriminadores. Caso contrário, haveria insegurança jurídica, uma vez que, se os tipos penais não forem claros e precisos, o indivíduo não saberá o que a lei proíbe e o que ela não veda.

As condutas típicas merecedoras de punição devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvidas em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais

dúbios e com termos valorativos vagos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos.

Esse princípio da taxatividade decorre da legalidade e é um postulado dirigido ao legislador, vetando-lhe a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas, de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.

O tipo penal pode ser fechado quando conte com elementos objetivos, descritivos, sem necessidade de valoração subjetiva, como é o caso do delito de homicídio. Nota-se que esse tipo é uma construção segura.

O tipo aberto necessita de interpretação pelo aplicador da norma penal, não sendo tão seguro juridicamente quanto o fechado, mas sendo necessário para que se possa evitar a necessidade infinita de alteração legislativa, com o objetivo de alcançar todas as possibilidades de fato de determinado tipo penal incriminador.

Em certo sentido, deve-se se recordar da norma penal em branco, que é incompleta, normalmente em seu preceito primário, e que traz uma aparente lesão ao princípio da taxatividade, mas, como dito, apenas aparente, pois o complemento é descritivo, encontrado ou em uma norma de mesma ou menor hierarquia, chamadas, respectivamente, norma penal em branco homogênea e heterogênea. Exemplificando a primeira espécie, pode citar o art. 237 do Código Penal, uma vez que seu complemento está no Código Civil, no art. 1.521, que descreve os impedimentos do casamento, que, se violados, constituem crime, norma de mesma hierarquia que a primeira e, no caso da segunda, o art. 269 do Código Penal, pois essa norma necessita ser complementada por uma disposição infralegal, que, no caso, é a Portaria nº 1.100/1996.

As normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamentos – para que possam efetivamente ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua

aplicação. O artigo 269 do Código Penal é uma norma penal em branco, pois necessita ser complementada por outra disposição, que, no caso, é a Portaria nº 1.100/1996.

Não haveria como viabilizar o devido processo legal se no Direito Penal fossem admitidos tipos extremamente abertos. Não há que se aceitar a tipificação de uma conduta penalmente insignificante por atipicidade material dessa conduta, não havendo necessidade do processo criminal, ocorrendo, porém, o devido processo legal na sua forma material.

Como consequência do devido processo legal, encontra-se a ampla defesa, o contraditório e todos os demais princípios constitucionais processuais penais que integram sua órbita.

Como dito em linhas volvidas, o seu caráter instrumental poderia sugerir uma compreensão geral e adequada a toda modalidade de processo, ou seja, no civil e no penal.

O termo *devido processo legal* reporta-se a um conjunto de princípios que devem ser observados nas práticas processuais rotineiras em que se garanta a possibilidade de participação das partes em igualdade de condições, respondendo às demandas e garantias do Estado Democrático de Direito, nas quais devem litigar sem qualquer subordinação entre si ou entre elas e o juiz.

A igualdade jurídica instrumentaliza o processo pelo contraditório e pela imparcialidade do juiz natural, tornando possível o tratamento igual dos diferentes, universalizando a aplicação da lei às várias entidades. Há, porém, paradoxos no Direito brasileiro com relação ao devido processo legal; senão, veja-se.

Uma das fontes do convencimento do juiz são os autos de inquérito policial, porque, no processo penal, é do que ele se serve para o seu convencimento, para fundamentar seu despacho de recebimento da denúncia. O inquérito policial é um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária.

Ocorre que o procedimento policial é inquisitivo, não se aplicando a ele os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da

Constituição Federal. O inquérito tem caráter de procedimento, não sendo processo propriamente dito, não havendo, ainda, acusação formal.

A assistência jurídica no processo penal varia de acordo com a posição e as condições financeiras do autor do fato, o que implica o comparecimento ou ausência das testemunhas no processo. De fato, pessoas mais abastadas e que estão soltas normalmente levam suas testemunhas para depor, enquanto aqueles que não o são não conseguem levá-las.

A garantia do devido processo legal, no âmbito penal, reclama, para sua efetivação, que o procedimento em que se materializa observe todas as formalidades em lei prescritas, para se atingir a sua finalidade, que é a solução de um debate circundado pelo dever do Estado de impor a pena.

Dentro dessa compreensão, assegura-se à pessoa física ou jurídica envolvida numa ação penal o livre acesso ao juiz natural, o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, de todo o *iter* procedimental, orientado por mecanismos de controle e exatidão do desfecho do processo num prazo razoável.

1.3.1 - Garantias do devido processo legal

O devido processo legal especifica-se nas seguintes garantias, principalmente no processo penal: a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos e ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais; f) da motivação dos atos decisórios; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo, e h) da legalidade da execução.

Essas garantias determinam que a pessoa física que integra a coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o devido processo legal, em que se realize a ação, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, para se tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, para imposição de uma sanção ou na afirmação do direito de liberdade. (TUCCI, 2009, p. 61-62)

A pessoa física, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de um procedimento investigatório com as significativas garantias. Deve-se ter a atuação do órgão jurisdicional, antes designado pela lei para julgar, com as características da independência e imparcialidade, além da previsão em lei regularmente elaborada, promulgada e vigente, um procedimento para investigar, outro para instruir e julgar o fato como penalmente relevante. Deve haver, ainda, um julgamento em prazo razoável, público e motivado.

O princípio da correlação entre o pedido e a sentença de mérito é outra garantia que deve ser mencionada, além da possibilidade do reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, quando a sentença for desfavorável ao acusado.

Ainda há a necessidade de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, material e tecnicamente e o não reconhecimento da culpabilidade do acusado ou indiciado, devendo esse reconhecimento dar-se apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Quanto às garantias inerentes ao devido processo legal, cabe ressaltar que a melhor maneira de efetivação do devido processo legal se traduz na pontuação inicial das preceituações constitucionais com relação à preservação da liberdade, um dos direitos fundamentais e invioláveis do ser humano, a teor do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A garantia referente ao acesso à Justiça Penal, sob os aspectos econômico e técnico, encontra-se nos incisos LXXIV e LXXVII do artigo 5º: “o Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e “são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”. (TUCCI, 2009, p. 65)

No que diz respeito à inafastabilidade do juiz natural, os incisos XXXVII, XXXVIII e LIII asseveram que:

não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”; e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL. Constituição, 1988)

A garantia do juiz natural deve ser entendida tanto no aspecto de que não se podem criar juízos ou tribunais de exceção como no de que todos têm direito de ser processados pela autoridade competente, conforme a Constituição e leis que determinam regras de competência. O objetivo de referida determinação é garantir da melhor forma a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Quanto ao tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo, antes referido, está previsto no artigo 5º, inciso I, que estabelece que homens e mulheres são iguais “em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

O Estado-Juiz deve tratar de forma igualitária os litigantes, garantindo a paridade de armas e equilíbrio entre eles, dando-lhes condições de manifestação ou criando condições para que essa igualdade seja exercitada. Nesse aspecto, cabe destacar a possibilidade de tratamento diferenciado, desde que justificável na medida exata da desigualdade que existe entre as partes em questão.

A plenitude de defesa está consagrada nos incisos LV e LVI do artigo 5º, quando a Carta Constitucional prevê, respectivamente, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; e “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A ampla defesa pode ser entendida como a concreta possibilidade de responder a imputações que são feitas a alguém antes que se possa sentir seus efeitos. Existe uma necessidade de que o sistema preveja mecanismos e técnicas processuais que de fato garantam o exercício de referida garantia.

A publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios estão especificadas nos incisos LX do artigo 5º e IX do artigo 93, ambos da Constituição Federal.

A garantia da publicidade impede julgamentos secretos, pois a atividade jurisdicional é pública, sendo possível o acesso a ela; as decisões devem ser publicadas.

A fixação de prazo razoável de duração do processo está no artigo 5º, § 2º, cuja parte final determina a consideração de garantias decorrentes “dos tratados

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”., O estabelecido na Convenção americana sobre direitos humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22/11/1969, no artigo 8º, 1, prescreve que toda pessoa “(...) tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...) na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada...”

Quanto à legalidade da execução, seus antecedentes e conseqüentes encontram-se no artigo 5º, incisos XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”); XLVI (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”); XLVII (“não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”); XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com o delito, a idade e o sexo do apenado”); XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”); L (“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”); e LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”).

1.3.2 - Corolários do devido processo legal

Tucci assevera que:

numerosos também, e igualmente diversificados, apresentam-se os corolários constitucionais do devido processo legal, determinantes de correlatos direitos individuais, cuja expressividade desponta em todos, e em cada um, com a intensidade própria das prerrogativas fundamentais do ser humano, no seio da comunidade.

Num plano transcendente, e a par dos preceitos consagratórios do direito à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal, como supremo guardião do *ius libertatis*, postam-se os atinentes. (TUCCI, 2009, p. 67)

Acerca do princípio da reserva legal, presente no inciso XXXIX do artigo 5º, a doutrina ora orienta-se no sentido de que o princípio da legalidade é o gênero que engloba o princípio da reserva legal e o da anterioridade, ora entende que

legalidade e reserva legal são a mesma coisa. De qualquer sorte, reserva legal é a garantia de que só haverá a tipificação de infrações penais e a cominação de sanção por meio de lei. Somente a lei pode, então, definir crimes e cominar penas.

Há a irretroatividade da lei penal no inciso XL do artigo 5º. Realmente, se somente a lei pode tipificar infrações penais e cominar penas, nos termos do referido antes, ela deve estar em vigor antes do cometimento da infração penal. Se a citada lei obedecer ao princípio da anterioridade, é claro que, como regra, ela deve ser irretroativa, podendo retroagir somente em uma hipótese: em benefício do réu.

A lei penal deve ter um período de atividade, ou seja, período em que ela entra em vigor até o momento em que ocorre a sua revogação. Se aplicada essa lei aos fatos praticados fora de sua atividade, chama-se o caso de extratividade. Ela comporta duas espécies: retroatividade e ultratividade. A primeira é a aplicação da lei penal aos fatos praticados antes de sua vigência, desde que benéfica ao réu. A segunda, a ultratividade, é a aplicação da lei penal aos fatos praticados durante a sua vigência, mas depois que essa lei já está revogada. Obviamente, essa última também só terá validade quando em benefício do réu.

Há que se falar, ainda, da intocabilidade da coisa julgada penal, tutelar da sentença absolutória ou extintiva da punibilidade, com previsão no inciso XXXVI do artigo 5º, que estatui “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A inviolabilidade domiciliar está prevista no inciso XI do mesmo artigo citado, nos seguintes termos: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Assegura-se, ainda, na Constituição Federal, o sigilo da correspondência e outras formas de comunicação e de informação, a não consideração prévia de culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência), a insubmissão à identificação criminal, a não ser em situações excepcionais, legalmente determinadas, a inadmissibilidade de prisão, salvo situações especificadas no inciso LXI do artigo 5º, a imediata comunicação de prisão, ao direito a não

incriminação, ao silêncio, e à assistência da família e de advogado, e, por fim, a liberdade provisória.

Todos os corolários citados acima completam a proteção constitucional do direito de liberdade da pessoa física, como tal considerada, e cuja tutela concreta se realiza por obra dos agentes do Poder Judiciário, com atuações adequadas no âmbito da Justiça Criminal.

1.3.3. - Características do processo penal

Tucci sustenta ainda que “o processo penal ostenta inquisitividade em ambas as espécies, de conhecimento e de execução, aparecendo inclusive na persecução”. (TUCCI, 2009, p. 40)

Não obstante isso, a maior parte da doutrina entende que, no processo penal, o único procedimento compatível é o acusatório, apresentando-se como o esquema formal à ação penal.

Argumenta o mesmo autor que o dado mais relevante do processo penal é a apuração da verdade material, só podendo ser atingida essa finalidade com a inquisitividade na atuação dos agentes do Estado da persecução penal e o poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal. Essa inquisitividade deve ser buscada em toda persecução penal para que se preserve a liberdade do inocente e para que se imponha uma sanção adequada ao culpado. (TUCCI, 2009, p. 41).

Mas a inquisitividade da persecução penal, especialmente o poder inquisitivo conferido ao julgador para formar o seu convencimento, não deve ser confundida com o processo inquisitivo por nós referido em linhas volvidas.

Segundo afirma Mendes de Almeida, há diferença entre o procedimento *ex officio*, em que se consubstancia o processo penal inquisitório, e a inquisitividade insita à persecução penal, tendo “a doutrina e a jurisprudência pátrias confundido, frequentemente, o poder inquisitivo com o procedimento *ex officio*, entendendo que o cancelamento deste exprime o desaparecimento daquele”. (ALMEIDA, 1975. p. 193-194).

O processo penal ostenta, na sua integralidade, segundo parte da doutrina, um caráter inquisitório. Porém, isso não impede que a segunda fase da ação penal se realize procedimentalmente sob a forma acusatória, semelhante a um processo de partes.

Os agentes do Estado, como os membros do Ministério Público, os órgãos jurisdicionais e a polícia judiciária, no desempenho de suas respectivas atuações, empenham-se em descobrir a verdade material, ou atingível, para que, sobre o fato apurado, venha a incidir a norma penal material apropriada. Esses agentes distinguem-se quanto ao seu modo de proceder, no aspecto puramente formal, ou seja, por exemplo, o órgão ministerial requer, o órgão jurisdicional decide e a polícia investiga e conclui o inquérito policial.

Na Constituição de 1988 determina que compete à polícia a investigação das infrações penais, mas, também, limita, em vários aspectos, o seu poder investigatório. O artigo 144 da Carta Magna, por exemplo, em seu inciso IV e § 4º afirma que as polícias federal e estadual exercem funções da polícia judiciária, não significando a impossibilidade de que outros órgãos venham, em certos casos, quando autorizados pelo ordenamento jurídico, a apurar fatos criminosos, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito. (FERNANDES, 2010, p. 235).

A Constituição atribuiu, ainda, à polícia a função de investigar as infrações penais, mas previu que o seu controle fosse feito pelo Ministério Público e restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de mais garantia às pessoas presas ou submetidas a um inquérito policial ou investigação a ele semelhante. (FERNANDES, 2010, p. 238).

A jurisdição penal não se satisfaz com a mera possibilidade de contraditório, isto é, com o chamamento do réu a júízo para, se quiser, responder aos termos do pedido formulado pelo autor e acompanhar a tramitação do procedimento até seu fim, para formação da coisa julgada como o é no processo civil. Para o processo penal, deve haver o contraditório real, com a efetiva participação do autor do fato respondendo a todos os trâmites processuais. Tanto que, caso esse último não tenha ou não nomeie advogado para representá-lo, ser-

lhe-á nomeado um procurador público para efetuar sua defesa. (FERNANDES, 2010, p. 57).

Reclama o processo penal de conhecimento, sobretudo se condenatório, na sua segunda fase, de instrução criminal, o contraditório real e efetivo, a fim de ser perquirida a verdade real, ou atingível, como dito em linhas volvidas, para que seja assegurada a liberdade do acusado.

O direito do réu ao contraditório real tem natureza indisponível devido à impessoalidade dos interesses em conflito, apresentando a contrariedade real como autêntica expressão de sua liberdade jurídica, principalmente de locomoção, bem como é indispensável à plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, a fim de resguardar diretamente o direito de liberdade.

Essa é a orientação do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, estatui que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos e ela inerentes”. Aliás, complementando essa regra, há o artigo 261 do CPP disciplinando sobre a indispensabilidade da defesa técnica.

Neste item deste trabalho, vê-se que a preocupação do legislador diz respeito, sobretudo, à asseguaração da liberdade jurídica do indivíduo pelo instrumento, técnico, público, ético e político do exercício da jurisdição criminal, que é o processo. Somente por meio dele pode ser imposta ao réu a sanção penal pela prática de uma infração penal.

1.4 - O sistema acusatório

O processo penal, de acordo com os princípios que o informam, pode ser acusatório, inquisitivo ou misto. O primeiro deles, que é objeto deste estudo, possui pontos extremamente importantes, quais sejam:

- a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo sem provocação da

parte (*ne procedat iudex ex officio* – o Juiz não pode dar início ao processo por sua própria vontade); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur* (não deve ser lícito ao autor o que não é permitido ao réu); g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.(TOURINHO FILHO, 2009, p.34-35)

No que diz respeito ao último ponto, a função acusadora, regra geral, cabe ao Ministério Público, salvo em ações penais de iniciativa privada exclusiva e personalíssima. A República Federativa do Brasil foi consagrada como Estado Democrático de Direito e daí surgiu um compromisso do Estado com os direitos individuais, tendo como regra a busca da dignidade da pessoa humana, sendo esse um dos fundamentos da República.

O constituinte de 1988 remodelou radicalmente a instituição do Ministério Público. Claro que “órgãos” similares existiram no Egito Antigo, assim como o *Parquet* francês, dentre outros. Na atual Constituição, é o Ministério Público uma instituição, em larga medida, desvinculada dos demais Poderes, com o objetivo de auxiliar no cumprimento dos objetivos de um Estado democrático.

Na atual Carta Magna, o Ministério Público foi posto num capítulo chamado “Funções Essenciais da Justiça”, sendo conferido a ele novos ditames institucionais e retirando-o da subordinação dos Poderes Judiciário e Executivo, uma vez que é hoje órgão que apenas integra a estrutura do Poder Executivo, sem que seja subordinado ao Presidente ou ao Governador do Estado. A instituição foi fortalecida, consagrando-se como instituição autônoma e com independência financeira e administrativa, sendo órgão permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

No campo penal, o papel do órgão de acusação recebe nova perspectiva, seja pelas características da própria instituição, seja pelas prerrogativas de seus membros, ressaltando a independência funcional, consagrada como um dos princípios institucionais do Ministério Público por meio do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o Ministério Público não é simples “órgão de acusação”, mas “órgão legitimado à acusação”, já que pode ter uma postura imparcial e voltada

exclusivamente aos preceitos constitucionais e legais, desvinculando-se de qualquer influência externa ligada aos objetivos estritamente punitivos. Pode o Promotor de Justiça ou Procurador da República pedir a condenação ou absolvição do indivíduo⁵.

No processo penal, pode, em alguns casos, o particular acusar; mas o ideal é que a função persecutória seja atribuída ao Ministério Público, como personificação da lei e representação a ser exercida pela vítima nos casos de ação penal privada.

Com a nova sistemática, introduzida com a Lei nº 11.719/2008, o artigo 212, parágrafo único do Código de Processo Penal passou a conferir às partes a atribuição de inquirir as testemunhas que arrolaram, devendo, no caso de terem sido elencadas pelo Ministério Público, essas serem inquiridas diretamente pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, sendo depois passada a palavra à Defesa para, se quiser, apresentar suas perguntas. Se as testemunhas forem indicadas pela defesa, inverte-se a ordem das perguntas. Fala-se em *direct-examination* (inquirição direta) e em *cross-examination* (inquirição cruzada), sem intermediação do magistrado. O magistrado tem o papel de fiscalizar o que está sendo registrado pelo servidor responsável pela digitação do termo de audiência, buscando a maior fidelidade possível do que é narrado, conforme dispõe o artigo 215 do Código de Processo Penal.

O processo penal inquisitório é o oposto do acusatório, no qual não existe contraditório, não havendo regras de igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa, que é o juiz, pessoa que inicia, de ofício, o processo, que colhe as provas e, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas para obter a confissão. Aqui, o processo é escrito e secreto. Não há garantias ao acusado. Ele aparece em uma situação de subordinação que o torna o objeto do processo e não sujeito de direitos. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 77).

No Código de Processo Penal há resquícios do sistema inquisitivo, como é o caso do artigo 5º, inciso II, em que é permitida ao magistrado a requisição de instauração de inquérito policial. Bem se sabe que o titular da ação penal é o

⁵ O professor Antônio Scarance Fernandes é frontalmente contra a ideia de que o Ministério Público é parte imparcial.

Ministério Público, sendo certo que o juiz que requisita a instauração do inquérito policial tem sua convicção maculada, pendendo já no início das investigações para um juízo de valor quanto à culpabilidade do indivíduo.

É evidente a dificuldade que se tem de se afastar a tendência de um processo com inquisitividade dos tribunais, não sendo, porém, impossível. A mínima confusão que se faça entre o dever de promover a acusação e aplicar a lei e a Constituição ofende os postulados do contraditório e da ampla defesa, afastando-se, assim, a imparcialidade do julgador.

Como exemplo, pode-se considerar o caso do Inquérito Policial nº 2.424, no qual, em ação penal originária, o Ministro Cezar Peluso, em seu voto, deu-se por plenamente isento para seguir como relator da ação penal do caso da “operação furacão”, mesmo depois de ter atuado em questão de ordem no referido procedimento administrativo, o que ofende o sistema acusatório, confundindo o dever de promover a acusação e aplicar a lei bem como os postulados do contraditório e ampla defesa, afastando sua própria imparcialidade.

Ainda no processo penal, deve-se referir ao processo de tipo misto, o qual se desenvolve em três etapas distintas, ou seja, a investigação preliminar, feita pela polícia, sob orientação do Ministério Público; a instrução preparatória, feita pelo juiz instrutor, e a fase do julgamento, sendo que, das duas primeiras fases, a defesa não participa. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 77).

Vistos os três tipos de processo penal existentes, sabe-se que o adotado no Brasil é o acusatório, não, porém, o puro. Isso se pode perceber, por exemplo, pelo fato de o juiz poder requisitar a abertura de inquérito policial.

Sabe-se que a acusação, como acima exposto, está a cargo do Ministério Público, mas, nos casos de ação de iniciativa privada, estará a cargo da vítima, podendo, é de se lembrar, inclusive, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, o próprio ofendido protagonizar a acusação se o órgão do Ministério Público não intentar a ação no prazo legal. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 79).

No Direito Processual Penal brasileiro, não há a figura do juiz instrutor, uma vez que o processo é contraditório. A fase processual é precedida de uma fase

preparatória, em que a autoridade policial faz uma investigação prévia não contraditória e colhe as primeiras informações sobre o fato. Com base nessa investigação é que o órgão acusador do Ministério Público ou a vítima, se a ação for de iniciativa privada, instaura o processo com a denúncia ou queixa.

São elementos do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reagir. Adota-se, em regra, a noção clássica de Mendes de Almeida, que engloba os dois elementos citados e define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. (ALMEIDA, 1973, p. 81).

É necessário não só no processo penal, mas também, no processo civil, que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. O princípio do contraditório liga-se ao da paridade de armas, sendo necessário estarem as partes munidas de forças iguais.

No Processo Penal, o contraditório deve ser atendido durante todo o desenrolar do processo, mesmo que haja revelia. Aqui estão em jogo os direitos de punir e de liberdade, que são indisponíveis, devendo o juiz assegurar um contraditório pleno e efetivo, com equilíbrio entre a acusação e a defesa. (TUCCI, 2010, p. 62)

Só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, mas não na fase do inquérito policial, de acordo com o que prescreve o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O contraditório deve ser observado em processo judicial ou administrativo, não se englobando o inquérito policial, que é um conjunto de atos praticados pela autoridade administrativa. Não é o inquérito um procedimento, pois ele é formado por atos que devem obedecer a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se ao seguinte, numa ordem necessariamente observada. (FERNANDES, 2010, p. 62).

O Tucci entende que há a necessidade de uma contrariedade real e efetiva em toda persecução penal, inclusive no inquérito, para maior garantia da liberdade e atuação da defesa. (TUCCI, 1986, p. 211).

De fato, há necessidade de se admitir a defesa na fase de investigação, conforme será demonstrado doravante, ainda que não seja exigido o contraditório. Não se trata, como ensina Fernandes (2010), de ampla defesa, mas essa é limitada a resguardar os interesses mais relevantes do suspeito, como requerer diligências, liberdade provisória, relaxamento de flagrante, entre outras. Caso, inclusive, o preso não indique defensor, deve ser encaminhada cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública (art. 306, § 1º, parte final, do CPP).

Durante o inquérito policial, é comum haver a necessidade de medidas como o exame de corpo de delito e outras perícias. Têm essas medidas natureza cautelar, uma vez que se pretende assegurar o resultado da prova, ante o perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios. Nesses casos, há a observância de um contraditório diferido, dando-se oportunidade ao acusado de contestar a providência restritiva ou de combater a prova realizada no inquérito.

Após o inquérito policial, a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro leva a um afastamento natural do magistrado da produção de provas, não sendo isso um ponto negativo, mas, ao contrário, tal inércia é consagradora da imparcialidade, que é regra inerente ao processo penal constitucional.

A Lei nº 11.690/2008 alterou o artigo 155 do CPP, para fixar que, em regra, somente a prova produzida em contraditório judicial pode servir para a convicção do juiz. Não constitui prova o que é produzido na fase de investigação.

Em alguns casos, os elementos informativos do inquérito policial podem embasar o convencimento do juiz, desde que submetidos ao contraditório, chamado diferido. No artigo mencionado, ficou claro que a limitação da convicção ao contraditório judicial não significa suprimir a análise do juiz dos elementos obtidos na fase investigativa. Só não se admite que a sentença seja fundamentada somente nesses elementos.

O próprio artigo 155 do CPP, em sua parte final, indica as situações em que o juiz poderá fundar sua decisão em elementos informativos do inquérito policial, ainda que não exclusivamente. São situações em que esses elementos constituem

provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O magistrado pode julgar com base em provas que são produzidas em contraditório judicial, podendo levar em conta, ainda, elementos informativos do inquérito, conforme acima esclarecido.

Serão cautelares as medidas com relação aos fatos transeuntes, uma vez que, nesses casos, há perigo de dispersão dos elementos de prova. Nessas hipóteses, o contraditório é chamado diferido ou postergado, podendo as partes contestar ou discutir o valor probatório dos atos.

Esclarece ainda Fernandes,

provas antecipadas são aquelas produzidas em observância do contraditório e com participação do juiz em incidente próprio, antes do momento reservado à instrução processual, como sucede com a inquirição de uma testemunha muito idosa ou acometida de doença grave, ante o risco de seu falecimento. (FERNANDES, 2010, p. 66).

Quanto às provas irrepetíveis, elas têm que ter um contraditório diferido, também nominado postergado, podendo essa irrepetibilidade ser natural ou resultante de um fato posterior. Pode-se citar como exemplos da primeira a interceptação telefônica e a busca e apreensão. Por serem atividades cautelares, como fim de apreender fatos transeuntes, já estão contidas no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Para Fernandes:

o ponto mais discutido em outros países é a delimitação do valor probatório de atos irrepetíveis por fato posterior, como ocorre no caso de uma testemunha que venha a falecer, desaparecer, mudar do país. É normalmente aceito o depoimento, se ficar evidenciado fato superveniente. Todavia, sem tal demonstração, não se admite atribuir valor probatório às declarações da testemunha não inquirida em contraditório judicial. (FERNANDES, 2010, p. 66).

Pode-se dizer que, de acordo com o princípio da proteção judicial efetiva, o direito à efetividade deriva do direito constitucional de ação e do devido processo legal, porque, quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Poder Judiciário, preceitua também o modo como a jurisdição é retirada de sua inércia; esse modo é o processo.

2 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 - Origem

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade deita suas raízes em séculos passados. Até metade do século XX, na Alemanha, ele tinha o sentido de limite ao poder de polícia. Depois da Segunda Guerra Mundial, passou a ser concebido como princípio de direito constitucional que limita a atuação do Poder Público. Em 1971, na Alemanha, é reconhecida pela primeira vez a inconstitucionalidade de uma lei penal com base no princípio da proporcionalidade⁶.

Para Canotilho (2000, p. 261), a proporcionalidade tem origem no Direito Administrativo, no século XVIII, com forte influência da Revolução Francesa e surgiu para limitar o Poder Executivo e como uma contraposição às restrições administrativas da liberdade individual. A sua consagração ocorreu por formulações da doutrina e jurisprudência alemãs. Porém, há quem considere que o referido princípio tem sua origem mais remota no campo do Direito Penal, pois as civilizações mais primitivas já aplicavam penas para combater os delitos, havendo aplicação da proporcionalidade para estabelecer a adequação entre a pena e o crime cometido. Em linhas gerais, considera-se a origem bem remota do princípio da proporcionalidade no campo do Direito Penal, mas se reconhece que não tinha os moldes que tem hoje; sua fixação e desenvolvimento são recentes.

A proporcionalidade foi originariamente concebida para antepor-se em face do poder de polícia, qualificando-se como princípio primordial do Direito Público. O Direito sancionador foi um grande laboratório ao desenvolvimento teórico daquilo que hoje se conhece, de forma predominante, como princípio da proporcionalidade. Na raiz da noção de proporcionalidade, repousa a ideia de que o Direito, havendo de servir, predominantemente, aos interesses particulares e sociais, objetaria a imposição de uma sanção que estabelecesse uma restrição a um direito individual em níveis manifestamente superiores aos reclamados pela preservação do interesse público.

⁶ No Brasil, referido princípio foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal em 1951, conforme RE nº 18.331, Relator Orozimbo Nonato, sendo após ratificado em maio de 1976, no julgamento da Representação nº 930-DF (Ministro Rodrigues Alckmim).

Essa concepção de equilíbrio seria posteriormente desenvolvida no âmbito das teorias do Estado, as quais elaborariam um critério de controle sobre a atuação estatal a partir de sua legitimação exclusivamente finalista e referida intervenção deveria ser proporcional aos seus fins.

Ainda que de forma incipiente, a origem normativa da proporcionalidade identifica-se ao advento da Magna Carta de 1215, em seus itens 20 e 21⁷.

Embora a problematização desse princípio venha desde a Antiguidade, seu desenvolvimento mais intenso foi visualizável na época da Ilustração, com Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764).

Montesquieu, concebendo ser essencial uma relação harmoniosa entre as penas, relacionava a aplicação de uma pena desnecessária a um ato de tirania, asseverando ser “essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos” (MONTESQUIEU, 1993, p. 103).

Quanto ao campo do Direito Penal, parece ter partido de Beccaria a construção filosófica mais aproximada do princípio da proporcionalidade, especialmente acerca de uma de suas parciais mais evidentes, ou seja, o juízo de necessidade.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamou, em seu artigo 8º, que “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”. Em virtude disso, a proporcionalidade enquadra-se implicitamente no princípio da legalidade e, assim, passa a compor o sistema normativo como um todo.

Determinante na evolução e extensão da proporcionalidade até os dias atuais foram as modificações nos países ocidentais, depois da Segunda Guerra,

⁷ “(20) For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of this offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood. In the same way, a merchant shall be spared his merchandise, and a husbandman the implements of his husbandry, if they fall upon the mercy of a royal court. None of these fines shall be imposed except by the assessment on oath of reputable men of the neighborhood.”

“(21) Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportions to the gravity of their offence.”

concretizáveis em um reforço quantitativo e qualitativo dos direitos fundamentais e, simultaneamente, a proibição da arbitrariedade.

Outra discussão doutrinária é sobre o fundamento, se seria baseado no Estado de Direito, ou na noção de Justiça. Porém, o entendimento, em certo sentido, é o de que a proporcionalidade serve de fundamento para os dois. Para a Justiça, quando tenta atribuir a cada um o que é seu; para o Estado de Direito, como princípio necessário para garantir e fortalecer a coexistência dos direitos, bem como a eliminação do arbítrio.

O princípio da proporcionalidade, da filosofia do direito até a atualidade, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, formado com o objetivo de controlar o poder de coação do monarca, ou seja, o poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. Sua origem foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração.

O princípio da proporcionalidade foi consagrado no Direito Administrativo como uma evolução do princípio da legalidade; porém, o sentido de proporção dizia respeito somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos do processo para impedir os órgãos do Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei.

A forma pela qual se sedimentou esse princípio bem como sua migração para o Direito Constitucional estavam condicionados ao sistema jurídico adotado a partir da formação dos estados modernos.

Há uma parte da doutrina que identifica o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade, cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, afirmando-se essa semelhança, mormente na fase em que se atribuiu a essa garantia feição substancial. Segundo Barroso, há, entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, uma relação de fungibilidade, apontando os mesmos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, referidos pela doutrina e jurisprudência como requisitos do princípio da proporcionalidade. (FERNANDES, 2010, p. 50).

Outros divergem, distinguindo proporcionalidade e razoabilidade.

a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela origem, mas, também, pela sua estrutura". A primeira tem origem na jurisprudência alemã e a segunda, na jurisprudência inglesa ou norte-americana. A proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida e a razoabilidade é "um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins. (SILVA, 2002, p. 27-31, 45)

Os americanos se referem à razoabilidade, ou seja, tudo o que seja conforme a razão, com sentido amplo. A razoabilidade nos dá uma ideia de adequação e admissibilidade. Nem sempre esse termo corresponde ao sentido técnico.

Os alemães utilizam o termo *proporcionalidade* ou *proibição do excesso* para designar o que os americanos tratam por razoabilidade. Ocorre que o termo **excesso** é muito amplo. Sempre que o legislador atua além de sua autorização constitucional, ele comete excesso e não somente quando elabora um ato legislativo permissivo de uma invasão ou restrição indevida dentro dos direitos ou liberdades das pessoas. Qualquer vício de inconstitucionalidade levaria ao excesso, uma vez que a atividade do legislador é sempre vinculada a limites formais e materiais.

A expressão *proporcionalidade* tem sentido literal limitado, havendo implícita a ideia de relação harmônica entre duas grandezas. A proporcionalidade em sentido amplo envolve considerações sobre adequação entre os meios e os fins e a utilidade de um ato para a proteção de determinado direito e sua utilização esbarra no inconveniente de se ter de diferenciar proporcionalidade em sentido estrito e em seu sentido amplo.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, e pela análise dos elementos parciais ou seus subprincípios, poderão ser verificados vícios substanciais da lei em uma perspectiva diferente da tradicional quando está em jogo a compatibilidade lógico-formal das normas da Constituição.

Tomando como base a concepção estrutural reconhecida pela doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*) é formado por três elementos ou subprincípios: adequação (*geeignetheit*), necessidade (*enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*),

que, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para chegar à funcionalidade pretendida pelos operadores do Direito. (BARROS, 2003, p. 77)

2.2 - Conceito

O maior problema do princípio da proporcionalidade é o seu conceito, pois a aplicação demasiada ou equivocada é apenas uma consequência do desconhecimento de sua definição.

O conceito ainda está sendo construído. Bonavides diz que “é um conceito em plena e espetacular evolução” (BONAVIDES, 2000, p. 365), sendo utilizados como sinônimos proibição de excesso ou princípio de controle. Porém, o primeiro é inapropriado, uma vez que a proporcionalidade não proíbe apenas o excesso, mas o defeito, ou a medida menor do que a devida. Canotilho assevera a existência da “proibição por defeito”. (CANOTILHO, 1991, p. 267)

A proibição do defeito é o outro lado da proteção do princípio da proibição do excesso. Enquanto esse condena atos excessivos, aquele proíbe a omissão, o menor do que devido.

Na realidade, a ideia de proibição de excesso não consegue retratar toda a dimensão desse princípio. O mesmo ocorre com a denominação controle, pois essa foi criada pelos tribunais europeus e volta-se para o controle dos atos discricionários do Poder Público.

Regra geral, a proporcionalidade tem por objetivo estabelecer a relação entre meio e fim. É princípio completo, uma vez que abrange todas as funções dadas aos outros princípios, sendo fundamental para outros princípios e normas, como, por exemplo, o Estado de Direito. Busca a solução de conflitos que possam surgir no ordenamento jurídico. É limitativo, na medida em que controla medidas por excesso ou por deficiência.

Pode a proporcionalidade ser dividida em outros princípios, como se demonstrará. São seus subprincípios, seus elementos. Há muitas denominações, mas o importante é ressaltar que esses subprincípios funcionam como pré-requisitos para a existência daquele princípio maior, isto é, só haverá a proporcionalidade se ela não contrariar esses subprincípios.

O primeiro desses subprincípios é o da adequação, pertinência ou idoneidade, que pode ser definido como a exigência da congruência entre meios e fins, ou seja, o meio tem que ser apto para atingir o fim, deve ser idôneo e válido.

Para Canotilho, a medida deve ser apropriada, apta, conforme, para atingir o fim, ou seja, a finalidade pretendida, ou seja, a realização do interesse público. Esse subprincípio implica adotar a medida apropriada para alcançar o fim pretendido, o que visa, portanto, à relação adequada entre meio e fim, existindo diversos meios ou medidas fáticas, igualmente aplicáveis para alcançar determinado resultado, deve ser escolhida aquela que seja a mais adequada (CANOTILHO, 1991, p. 264). Um meio é idôneo se com sua intervenção a finalidade desejada pode ser alcançada.

Conforme esse subprincípio, um juízo de adequação da medida adotada para chegar ao fim proposto deve ser o primeiro a se considerar na verificação do princípio da proporcionalidade. Sob essa perspectiva, resta excluída qualquer consideração quanto ao grau de eficácia dos meios aptos a alcançar o fim desejado. O critério para escolher o melhor meio, menos gravoso, já entra na esfera da necessidade.

Adequação dos meios aos fins é uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea a conseguir a finalidade buscada, uma vez que, se não for apta para tanto, deve ser considerada inconstitucional.

A possibilidade do controle judicial sobre uma relação de causalidade, entre a medida restritiva e o fim a que se destina, abala a ideia de legislador capaz de criar situações desarrazoadas ou bizarras. O papel do magistrado é examinar se a medida restritiva é apta para atingir o fim desejado.

O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito quando se apresentar como inidônea para alcançar seu fim. Nesse sentido, pode ser que o juiz se engane acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. É por conta deste erro que se sustenta que deva o princípio da adequação ser verificado no momento em que o legislador tomou sua decisão, para que se possa ver se os meios adotados eram apropriados aos fins pretendidos.

Pode ser que uma lei contemple, no momento de sua edição, uma relação de meio e fim adequada, mas ao longo do tempo se mostre em desconformidade com a Constituição, ou porque os efeitos previstos não ocorreram, ou porque se verificaram consequências jurídicas que não foram desejadas.

No que se refere à incompatibilidade da lei com a Constituição, a questão se coloca não mais na adequação, mas no processo de inconstitucionalização da lei que decorre de vários fatores, mormente da mudança das relações fáticas. Para a doutrina, nesses casos, não estaria configurado um processo de inconstitucionalização, o que ocorre, na verdade, em se tratando da própria alteração das relações fáticas, mas sendo apenas declarado o vício já existente anteriormente.

No plano do controle de normas penais, deve-se identificar, em um primeiro momento, qual o bem jurídico protegido pela norma questionada, ou quais os fins imediatos e mediatos de sua proteção. Essa verificação é necessária para a determinação sobre se o legislador incorreu em um excesso no rigor das penas.

Para se afirmar o juízo de adequação, há de se verificar se a tutela jurídico-penal não é constitucionalmente ilegítima, o que demanda uma investigação se, ao tempo em que os bens ou interesses que se trata de preservar, não devem estar constitucionalmente proscritos e não devem ser socialmente irrelevantes.

Se constatada a ilegitimidade da tutela penal, desde logo a norma incriminadora não será adequada e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade; mas se a tutela penal é constitucionalmente requerida, essa análise já é feita pela Magna Carta, não podendo o intérprete questionar sua legitimidade.

O segundo subprincípio a ser citado é o da necessidade ou exigibilidade, também chamado de intervenção mínima ou subsidiariedade. Por meio dele, procura-se o meio que menos invada a liberdade do indivíduo, buscando-se a medida realmente indispensável ou necessária, aquela que não pode ser substituída por outra menos agressiva. A medida eleita deve ser o meio menos gravoso, dentre os eficazes e disponíveis, para obtenção do fim desejado. (FELDENS, 2005, p. 163)

Na visão de Canotilho (2000), significa “a menor ingerência possível”, voltada para a ideia de que o cidadão tem o direito ao melhor, ou, no mínimo, “a menor desvantagem possível”, o meio menos gravoso, menos oneroso. Canotilho também subdivide a exigibilidade em quatro elementos para a aplicação prática, principalmente no campo administrativo: a) exigibilidade material, o meio mais poupado quando tratar de limitações de direitos fundamentais; b) exigibilidade espacial, que limita o âmbito da restrição; c) exigibilidade temporal, determinação precisa do tempo da medida coativa do poder público; d) exigibilidade pessoal: a medida deve ser limitada apenas à pessoa ou ao grupo de pessoas com direitos a serem sacrificados. Deve esse subprincípio ser o meio que afete de maneira menos prejudicial a sociedade e o indivíduo. (CANOTILHO, 1991, p. 264-265)

O pressuposto do princípio da necessidade ou exigibilidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para conservar o próprio ou outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Por esse segundo subprincípio, verifica-se se o meio eleito para alcançar o fim proposto era aconselhável e não se era exigível, uma vez que não se pode esquecer que o princípio da proporcionalidade é para o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, por sua conexão entre os meios e os fins.

Se houver uma arbitrariedade para eleger uma medida restritiva por falta de autorização para que o legislador possa efetivá-la, não haverá inconstitucionalidade material por afrontar o princípio da proporcionalidade, mas é caso de se desrespeitar a Constituição por violação do princípio da reserva legal.

Ao se verificar que uma medida é desnecessária e que fere o princípio da proporcionalidade, o importante é que se possa indicar uma medida menos gravosa e apta a alcançar o mesmo ou melhor resultado, ou seja, um meio mais idôneo. Não se pode formar um juízo de exigência da providência legislativa restritiva se não se recorrer à ponderação entre o meio utilizado e o fim a ser atingido.

A necessidade de uma medida restritiva traduz-se por um juízo positivo, uma vez que não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o menos

lesivo, mas o juiz deve indicar qual meio é mais idôneo e porque causaria consequências menos gravosas, entre os vários meios adequados.

O princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação, ou seja, só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo para se conseguir a finalidade prevista constitucionalmente. Esse é o processo para se avaliar se uma medida legal restritiva de direito é necessária e controlável.

Pode-se estabelecer uma relação de pertinência entre a duração de uma medida restritiva e a finalidade para a qual ela foi imposta, dando-se como exemplo o inciso XII do artigo 5º da Constituição, que permite que o legislador imponha restrição ao sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal. De acordo com o princípio da necessidade, o legislador deve fixar o tempo máximo de uma medida excepcional a um direito fundamental para evitar que a exceção se torne a regra. Nesse sentido, cabe trazer o acórdão da Sexta Turma, que concedeu, em *habeas corpus*, reconhecendo excesso de prazo em interceptação telefônica, mas, contudo, não se firmou o posicionamento, como se esperava em critério para aferição do razoável⁸

No campo do Direito Penal, deve-se indagar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar a finalidade de proteção do bem jurídico. A intervenção penal será necessária se tal finalidade protetiva não poderia ser conquistada com a mesma eficácia ao se recorrer a uma medida menos restritiva, como uma sanção civil ou administrativa.

⁸ Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).
1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".
2. A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".
3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei nº 9.296/1996 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.
4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. Habeas Corpus nº 142.045/PR, 2010).

Se, por exemplo, constatar-se que sanções exclusivamente administrativas forem suficientes para coibir a prática de um crime de sonegação fiscal, o recurso a uma sanção penal não mais se revelaria necessário.

Serrano (2005) entende que a análise não deveria ter por objetivo o meio mais eficaz, mas o meio suficientemente eficaz, uma vez que a medida mais gravosa assegura com maior intensidade a medida mais benigna para conseguir o fim perseguido, de sorte que o juízo de necessidade deixaria de existir, sendo substituído pelo critério de maior eficácia. O Tribunal Constitucional alemão bem como a doutrina alemã negam que o critério de necessidade reclame, em qualquer hipótese, a substituição da medida mais prejudicial se a menos lesiva não apresenta igual aptidão (eficácia) para a satisfação do fim. A eficácia do meio menos lesivo deveria ser a mesma que a do meio mais gravoso para que essa medida pudesse ser considerada excessiva.

Não pode haver uma procura cega pelo meio mais eficaz e não há como se anular a liberdade de configuração do legislador quando decidir por uma sanção qualquer; o juízo de suficiência da eficácia será somente do legislador, sendo tal escolha jurisdicionalmente sindicável quando se mostrar arbitrária ou desproporcional. Essa conclusão é reforçada quando uma das opções legítimas de escolha é a sanção penal.

Sob a perspectiva da proibição do excesso, deve ser feita uma análise em face do bem jurídico limitado pela norma penal incriminadora. Sob o lado da proibição da proteção deficiente, objeto do controle de constitucionalidade é uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não protege o direito fundamental ou que o protege de maneira deficiente, por não permitir sua realização na maior medida possível.

Há, ainda, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também entendido como princípio da “justa medida” (FELDENS, 2005, p. 166), que impõe que o meio deve ser o mais vantajoso, o mais razoável. É ele o postulado da ponderação propriamente dita. Diante de conflito de bens juridicamente protegidos, a proporcionalidade em sentido estrito serve para determinar o que deve ser aplicado. Aqui também há a escolha do melhor meio, mas não diante de possibilidades

fáticas, como a exigibilidade, mas sim diante de possibilidades jurídicas. Ora, o meio utilizado não pode demonstrar-se desproporcional em relação ao fim perseguido.

Tanto a concordância prática como a ponderação são expressões da proporcionalidade em sentido estrito para enfrentar as possibilidades jurídicas colidentes, mediante casos concretos. E, se não for possível a resolução pela harmonização, aplica-se, então, a ponderação. Portanto, devem-se entender as semelhanças e distinções entre ambos os institutos: concordância prática (ou harmonização) e ponderação.

Com relação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se que, na maior parte das vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar se a medida restritiva adotada em determinada situação é justa, porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não tem relação com a ideia de justiça.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito complementa os anteriores, da adequação e necessidade, e é muito importante para indicar se o meio utilizado é proporcional ao fim que se almeja.

O magistrado, quando considera adequada a relação entre uma restrição e a finalidade a que se destina, ou mesmo quando reconhece que não há outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso confirma uma providência que imponha ônus excessivo ao atingido. Existem situações em que é possível identificar um desequilíbrio na relação de meio e fim sem se chegar à conclusão da desnecessidade da lei, uma vez que não se discute a existência de outra medida menos lesiva, mas a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

A diferença que existe entre o princípio da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas e esse envolve somente a otimização de possibilidades jurídicas.

E diferentemente do que ocorria com os juízos de adequação e necessidade, nos quais o fim figurava apenas como um ponto de referência, na análise da ponderação a finalidade da intervenção constitui um elemento essencial,

de sorte que a importância do fim perseguido faz-se ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental, sendo por isso fundamental determinar a relevância que a Constituição concede para se atingir o fim.

A proporcionalidade em sentido estrito encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos princípios da necessidade e da adequação e, por isso, representa a terceira dimensão do princípio da proporcionalidade.

Quando há situações em que não se pode concluir qual o meio menos restritivo porque os valores do caso são variados e amplos, com várias repercussões na Constituição Federal, somente a ponderação axiológica pode resultar na escolha da medida.

A proporcionalidade em sentido estrito é um princípio que pauta a atividade do legislador de acordo com a exigência de igual distribuição de ônus, não indicando a justa medida do caso concreto. Essa deve ser concluída a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é amplo, dando margem à tese de que se trata de tarefa impossível de ser realizada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.

O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade é deveras extenso. A título de exemplo, no Direito Penal, para se assegurar a individualização das penas, esse exame procura determinar se a pena não é desproporcional em seu sentido estrito, que é o que sucede quando se detecta um desequilíbrio excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, considerando-se o bem atingido em face de sua incidência. Frente a isso, o exame da proporcionalidade em sentido estrito entra em ação quando invocado o princípio da insignificância, que nada mais é do que a transposição, ao direito punitivo, dos postulados do princípio da proporcionalidade.

2.3 - Concordância prática (ou harmonização) e ponderação

Como visto em linhas volvidas, a concordância prática e a ponderação são subprincípios ou elementos de um princípio maior, que é o da proporcionalidade. Esses subprincípios estão relacionados com a proporcionalidade em sentido estrito, com a vocação para resolver casos concretos, considerando diversas possibilidades

jurídicas, o que torna tais princípios muito parecidos; porém, existem importantes diferenças entre eles, senão veja-se.

Alguns estudiosos entendem que a concordância prática foi formulada e desenvolvida por Konrad Hesse (1998) em meio a outros princípios de interpretação constitucional, como a unidade da Constituição, exatidão funcional, efeito integrador e força normativa, todos eles ligados de um modo interdependente, principalmente a concordância prática com a unidade da Constituição, na medida em que aquele serve para promover a unidade coerente dessa Constituição, resolvendo as antinomias e tensões que por acaso possam ocorrer entre normas, bens e valores constitucionais.

Porém, Canotilho (2000) descreve que tal subprincípio é uma construção da jurisprudência norte-americana, mesmo que a doutrina recente tenha sido divulgada por influência de Hesse. Canotilho trata a concordância prática como “ponderação”. Talvez por isso considere a fonte norte-americana, uma vez que a ponderação tem sua origem relacionada à teoria desenvolvida por Dworkin ao analisar as possibilidades para resolução de casos concretos nos quais pudesse existir colisão entre princípios.

Entretanto, Hesse assevera que a concordância prática veio contrapor-se à “ponderação de bens” ou “ponderação de valores” e, por isso, com ela não se confunde. Esse autor, quando trata da concordância prática, critica a ponderação como sendo precipitada solução de colisões, uma vez que realiza um bem jurídico à custa de outro. Também por incorrer no perigo de abandonar a Constituição, ferindo o princípio da unidade da Constituição. O citado autor também nega que a ponderação seja um princípio de interpretação constitucional. (HESSE, 1998, p. 66-67)

Tanto a ponderação como a concordância prática têm sedimentação germânica, embora tenham raízes mais remotas, associadas inclusive à Filosofia antiga. Mas a ponderação recebeu influência norte-americana, de extrema importância, no pensamento de Dworkin, enquanto a concordância prática tem sido mais bem definida com a doutrina germânica de Hesse.

A concordância prática, também conhecida por harmonização, é um subprincípio que se preocupa em otimizar a preservação de bens em conflito, tentando evitar o sacrifício total de um em benefício do outro, tendo por finalidade, ainda, proteger normas ou princípios em conflito, fazendo com que cada um deles prevaleça até o ponto de não renunciar à pretensão normativa do outro.

Esse subprincípio é uma decorrência lógica da unidade da Constituição, uma vez que tem a finalidade de resolver conflitos sem a revogação de quaisquer normas constitucionais, colocando limites e restrições recíprocas aos bens colidentes para que seja estabelecida a convivência harmônica entre eles; daí ser nominado de harmonização.

Para Hesse, esse subprincípio impõe a tarefa de otimização para o intérprete, isto é, a interpretação dos bens em conflito deve ter limites definidos para que ambos possam contemplar a eficácia ótima e não serem afastados. Hesse o trata como uma expressão da proporcionalidade, uma vez que os limites traçados para os bens em conflito, no caso concreto, devem ser proporcionais. Deve haver uma coordenação, ou seja, o estabelecimento de uma concordância, uma imposição de limites até onde os bens concordem, dentro de um caso concreto a ser solucionado (HESSE, 1998, p. 66-67). Bonavides (2000) considera proporcionalidade e concordância prática como princípios convergentes.

A concordância prática serve para equilibrar e harmonizar o ordenamento jurídico e não para estabelecer preferências ou hierarquias, representando um braço da proporcionalidade em sentido estrito, sendo um mandado de otimização de possibilidades jurídicas, resolvendo conflitos de bens jurídicos.

A ponderação também se apresenta como uma vertente da proporcionalidade em sentido estrito, coadjuvando-se com a harmonização na otimização de possibilidades jurídicas para a solução de colisão de bens ou valores.

A concordância prática (ou harmonização) é subprincípio de interpretação constitucional que coloca a coordenação e combinação de bens em conflito para evitar o sacrifício de uns em relação a outros. Esse subprincípio tem ainda por fim reprimir a ideia de hierarquização de bens constitucionais e sobreposição de uns em detrimento de outros, como preconiza a ponderação de bens e valores.

Também há diferença entre a concordância prática e a ponderação, pois aquela visa concretizar normas, bens e valores constitucionais, sem a eliminação ou sacrifício total de qualquer dos bens, e essa permite a ocorrência de afastamento de um bem, para outro prevalecer.

A ponderação é reconhecida como método hermenêutico para solucionar casos concretos e sua aplicação implica a preexistência de um problema jurídico a ser solucionado; porém, para sua aplicação, é necessário um pré-ordenamento hierárquico de valores ou interesses, em suas dimensões e pesos. O problema é estabelecer a justa medida.

Pode-se explicar a ponderação como uma técnica de decisão própria para casos complicados, em relação aos quais o raciocínio do enquadramento não é adequado. Para essas hipóteses, convivem, num mesmo plano hierárquico, vários comandos normativos, igualmente aplicáveis e válidos, mas que indicam soluções diferentes e, às vezes, contraditórias.

Quando se referem a normas ou valores constitucionais, não é simples isolar uma única norma a ser aplicada, abandonando outras, sem o perigo de ferir a unidade constitucional. O ideal a ser perseguido é a interpretação constitucional de maneira harmônica e esse também deve ser o propósito da ponderação. Nessa linha, há um consenso entre a ponderação e a concordância prática. A distinção mais precisa seria que, na solução de conflitos, a concordância prática não permite sacrificar uma norma constitucional para prevalecer outra; mas a ponderação permite, diante de casos complexos, não sendo possível a harmonizar-se as normas em conflito e depois se dever motivar a decisão justificando as razões para a escolha do bem ou valor de maior peso.

Ocorre que se deve buscar a resolução com menos trauma possível de conflitos, com a convivência das normas constitucionais, sem negá-las, ainda que se tenha necessidade de ceder reciprocamente e aplicar as normas com intensidades diferentes. Não sendo possível a harmonização, permite-se o afastamento de uma norma em conflito e a prevalência de outra.

O subprincípio da concordância prática foi tido como de interpretação constitucional para solucionar harmonicamente os conflitos constitucionais, sendo

sua aplicação para a interpretação solucionadora de colisões de bens jurídicos que a Constituição protege. Esse subprincípio foi acolhido no sistema jurídico brasileiro, pois a Carta Magna, elaborada com base no Estado Social e no Estado Liberal, resultou em uma reunião de normas que podem entrar em conflito nos casos concretos.

Quando há conflito entre bens que são constitucionalmente protegidos, não é possível resolvê-lo pelos critérios da Teoria Geral do Direito, hierárquico, cronológico, não sendo eles suficientes para resolver todas as antinomias. Isso ocorre quando as normas são contemporâneas, do mesmo nível hierárquico, além de gerais, como é o caso das normas constitucionais. A essa circunstância a doutrina denomina de tensão constitucional.

De acordo com a concordância prática, a interpretação das normas colidentes deve ser ajustada para que seja eliminada a antinomia, indo além da interpretação corretiva, buscando dar eficácia a todos os bens constitucionais, dando preferência à unidade da Constituição. Se houver colisão de direitos, bens, normas, valores e princípios constitucionais deve-se recorrer primeiro à concordância prática para harmonizar as normas e preservá-las na medida do possível.

Esse subprincípio vincula, da mesma forma que a proporcionalidade, os Poderes Executivo, o Legislativo e o Judiciário. No Brasil, pode-se citar como aplicação da concordância prática a harmonização da liberdade de imprensa com a vedação do Estatuto da Criança e do Adolescente da divulgação, por qualquer meio de comunicação, do nome e imagem de crianças ou adolescentes que tenham praticado ato infracional. Nessa norma, há um capítulo inteiro sobre proteção judicial, começando pelo artigo 208. Ademais, nesse diploma, há referência à atuação do juiz “investigando”, cuja previsão está no artigo 153.

Dentre as infrações administrativas da citada Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cabe citar o artigo 247 como forma de regulamentação do princípio constitucional:

art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial

relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: (...). (BRASIL. Lei nº 8.069, 1990)

Quando há a prevalência de um princípio e o sacrifício de outro, aquele a ser aplicado é o da ponderação ou dimensão de pesos. A ponderação permite, para solução de casos complexos, o afastamento de um bem ou valor e a preponderância de outro. Sua aplicação deve ser realizada com bom senso e um processo dividido, devendo existir identificação dos comandos normativos em conflito, as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões, e a atribuição de pesos aos valores em jogo para se alcançar uma decisão.

Pode-se citar como exemplo a eutanásia. Para determinados pacientes, a fase terminal em uma doença degenerativa retira-lhe a dignidade e, por isso, não lhe vale mais a vida. Não há como conviver harmonicamente o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, uma vez que, se prolongada a vida, não se pode garantir a dignidade. Há necessidade de se ponderar, no caso concreto, qual valor constitucional possui maior peso para a decisão enquanto não há regulamentação legal específica para a permissão ou vedação da eutanásia.

Vê-se que os subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito, ponderação e concordância prática (ou harmonização) possuem estreita relação, verificando-se a existência de pequenas diferenças e muitas semelhanças, senão, veja-se.

Tanto a concordância prática como a ponderação constituem espécies do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, servindo para solucionar conflitos de bens constitucionais diante de possibilidades jurídicas. Diante do conflito de normas constitucionais, primeiro aplica-se a harmonização, e, em não sendo possível a solução, justifica-se a precedência de uma norma sobre outra de menor peso por meio da ponderação.

Constatou-se que o princípio da proporcionalidade é o princípio maior, sendo a ponderação e a concordância prática os desdobramentos do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

2.4 - O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira

A justificativa de qualquer princípio constitucional deve ocorrer no âmbito de determinada ordem jurídica. Deve o princípio da proporcionalidade ser entendido como norma prevista na Constituição de 1988.

A estrutura normativa constitucional é dada por um sistema interno de princípios e regras jurídicas, sendo ele ordenado por uma escala hierárquica, não em função dos valores das normas em si mesmas, mas em relação ao grau de densidade que cada qual oferece. Quanto mais geral o seu conteúdo, maior a necessidade de concretização da norma.

Com relação à diferença entre princípios constitucionais e regras de mesma hierarquia, tem-se demonstrado que é antes de tudo tênue esse limite. Essa diferença é muito importante para que sejam esclarecidos alguns itens que envolvem a aplicação da proporcionalidade. Os princípios, por serem mais genéricos que as regras, não estariam aptos a permitir uma justaposição das situações fáticas, precisando de uma medida maior de concretização.

Os princípios jurídicos constitucionais podem já estar explícitos na Constituição ou estar ainda implícitos. Por um processo de adequação do sentido da Carta Política, é natural que alguns princípios sejam descobertos e vão se impondo nessa ordem jurídica como aptos a resolver casos concretos, qualificando o sistema interno como sistema aberto.

O processo de identificação de ideias jurídicas gerais, que servem de norte para condutas concretas, normalmente resulta do trabalho hermenêutico dos magistrados., de maneira que o princípio da proporcionalidade não depende de estar contido na formulação do texto da Constituição, mas desde que seja possível buscá-lo em outros princípios da Constituição, estará caracterizado e será aplicado pelos Tribunais.

No Direito Penal, a ideia de proporcionalidade está relacionada à aplicação de restrição a direitos; porém, quando se trata de atribuir-lhe funcionalidade no nível do legislador, ocorrem algumas dificuldades, uma vez que está em jogo a verificação

dos limites do poder político para regulamentar o exercício dos direitos constitucionalmente consagrados; poder esse com grande liberdade criadora.

A função principal do princípio da proporcionalidade encontra-se no âmbito dos direitos fundamentais, conformando o regime diferenciado desses direitos. Isso não significa que não possa ser usado em relação a outros direitos, mas, sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação.

Atualmente, o problema dos direitos fundamentais encontra-se em sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a positivação de seu conteúdo no texto maior.

A Constituição Federal considera a dignidade humana um princípio fundamental do Estado brasileiro, nos termos de seu artigo 1º. No mesmo sentido, aumentou-se o rol dos direitos fundamentais, conferindo-lhe aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, tratando, também, de assegurar-lhes expectativa de expansão, segundo o que consta do artigo 5º, § 2º.

Ainda para proteção desses direitos fundamentais, a Constituição, mantendo a garantia da eternidade (artigo 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais que tendem a coibir a omissão do legislador, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, explicitando a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (artigo 5º, LIV).

O princípio da proporcionalidade está presente nesse contexto normativo em que estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de sua proteção. Seu surgimento se dá como título de garantia especial, traduzida na exigência de que a intervenção do Estado nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, com a finalidade da máxima eficácia e otimização dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade completa o princípio da reserva legal, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, sendo esse a submissão de determinada matéria à lei formal, e, ao complementá-lo, a ele se incorpora de modo

a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou no devido processo legal substancial.

Não é suficiente a reserva legal para se evitar a edição de leis restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário fixar restrições que entender cabíveis quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se isso ocorresse, as garantias feitas em defesa desses direitos seriam ilusórias e sem sentido.

Restrições extremamente grandes podem acabar com o próprio direito restringido ou com direitos conexos, comprometendo-se a ideia de Estado de Direito Democrático. São várias formulações jurídicas, expressas ou implícitas, que se referem aos direitos fundamentais, em que se justifica um controle mais amplo dos atos legislativos, inviabilizando qualquer invasão indevida do legislador às posições jurídicas asseguradas aos indivíduos por causa da Constituição. O princípio da proporcionalidade corresponde a essa necessidade de cobrir os espaços, principalmente com relação ao controle de leis.

É o princípio da proporcionalidade concretizado a partir do cânone do Estado de Direito. Os pressupostos jurídicos do Estado de Direito sempre se constituíram em meios técnicos de defesa dos direitos fundamentais. Esses direitos são dimensões indispensáveis do Estado brasileiro; um Estado que tenha como função e finalidade a proteção de direitos dos seus cidadãos somente por ser implementado sob as bases do Direito. E esse Estado de Direito é democrático.

É aquele o Estado de Direito que define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atividade, tendo em vista especiais fins, de modo que esses objetivos têm de estar já fixados. Vê-se que o princípio ora em estudo decorre do Estado Democrático de Direito, ou mesmo da ideia de direitos fundamentais.

2.5 - A proporcionalidade e a igualdade

Existe uma estreita relação entre igualdade e proporcionalidade, mas é muito importante diferenciar o plano de atuação de cada princípio, sob pena de correr-se o risco de confundi-los.

Os princípios da igualdade e da proporcionalidade têm estrutura diferente. O primeiro atua separando e individualizando, enquanto o segundo harmoniza e concilia. Ambos possuem uma zona de encontro, ou seja, para verificar a validade de uma norma legal em face do primeiro princípio, é necessária a ideia de proporcionalidade ou razoabilidade. Aqui tem o princípio da proporcionalidade caráter meramente instrumental.

É necessário ter em mente que restrição a direitos fundamentais e desigualdade não caminham necessariamente juntas, pois nem toda restrição desproporcionada quer dizer violação ao princípio da isonomia.

Não há que se falar em incongruência na utilização do princípio da proporcionalidade para se constatar as diferenças de tratamento, na maioria das vezes, necessárias ao resultado pretendido, se são ou não compatíveis com a ideia de igualdade, pois é a proporcionalidade um parâmetro e não uma medida em si.

O princípio da igualdade, no Direito, não exige que todos devam receber o mesmo tratamento do legislador. É preciso que toda diferenciação deva ter uma razão de ordem substancial. Pela clássica fórmula de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, tem-se a síntese do princípio da igualdade, de acordo com a doutrina e a jurisprudência.

Essa fórmula deve ser interpretada não formalmente, mas substancialmente. Deve-se considerar que a desigualdade é sempre relativa, ou seja, refere-se a um juízo de valor sobre certas características.

A igualdade material nos leva à questão da valoração correta, razoável ou justa, havendo necessidade de se fixar a margem de liberdade do legislador e do magistrado no campo da valoração, para que esse não possa sobrepor sua valoração à daquele.

O princípio da igualdade, num primeiro momento, exige um tratamento igual e responde a uma questão que tem relação com os limites de um controle jurisdicional, isto é, o juiz ou tribunal não pode, sem qualquer restrição, fazer valer suas valorações em lugar das do legislador. Todas as vezes que as razões para uma distinção implicarem um tratamento desigual, o legislador e o magistrado

poderão levar a efeito a diferenciação de tratamento. Nesse sentido, tem-se dois julgados do STJ sobre descaminho e sonegação da 6ª Turma, AgRg no REsp nº 1171559/RS e AgRg no REsp nº 1168078/RS⁹, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

A relação lógica entre o elemento tido como importante na diferenciação e ela propriamente dita em função do fim pretendido é parte de um exame total do intérprete no que diz respeito à igualdade. Pode não ser suficiente, porque não valora o grau, a medida de desequiparação, em razão dos valores constitucionais em jogo; surge daí a necessidade de se recorrer à proporcionalidade em sentido estrito.

É possível que o legislador possa impor tratamento desigual diante de certo caso concreto, mas não é correto estabelecer vantagens ilimitadas, pois o desequilíbrio dessa relação é que pode ferir o princípio da isonomia.

⁹ PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 168-A, § 3º, II, E 337-A, § 2º, II, AMBOS DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RESP REPETITIVO Nº 1.112.748/TO. DÉBITO NÃO SUPERIOR A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. LEI Nº 11.457/2007. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Lei nº 11.457/2007 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Assim, não há porque fazer distinção, na seara penal, entre os crimes de descaminho e de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual deve se estender a aplicação do princípio da insignificância a este último delito, quando o valor do débito não for superior R\$ 10.000, 00 (dez mil reais).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1171559/RS - 2009/0237226-5, 2011).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONTRARIEDADE AO ART. 337-A, I, DO CP. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RESP REPETITIVO Nº 1.112.748/TO. DÉBITO NÃO SUPERIOR A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. LEI 11.457/07. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Lei nº 11.457/2007 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Assim, não há porque fazer distinção, na seara penal, entre os crimes de descaminho e de sonegação de contribuição previdenciária, razão pela qual deve se estender a aplicação do princípio da insignificância a este último delito, quando o valor do débito não for superior R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1168078/RS - 2009/0225106-4, 2011).

Quando o legislador estabelece desigualdades de tratamento é porque tem liberdade de classificar as situações e impor-lhes regras, desde que o faça sem contrariar valores constitucionais. Existem várias razões para diferenciar pessoas. Também o legislador, quando tenta dar uma regulação harmônica para as relações sociais, encontra-se com valores contraditórios a serem considerados e não pode criar uma relação de igualdade ou de desigualdade realizando um valor constitucional à custa de outro.

Mesmo considerando-se fins lícitos, pode a lei gerar uma regra de desigualdade, cujo resultado se mostre em contradição com outros valores constitucionais e não levados em consideração pelo legislador. Isso ocorre quando o legislador atribui um peso muito grande a um fator de descrímen.

Deve o tratamento diferenciado harmonizar-se com vários valores constitucionais conforme o caso concreto. Uma diferença de tratamento, por mais lógica que possa parecer no exame da lei, tem de ser dosada para manter-se de acordo com o tratamento constitucional.

Vê-se que não é suficiente o exame isolado da lei no que se refere à correlação lógica entre o particularismo da situação escolhida como importante para justificar o tratamento legal diferenciado e os efeitos dele decorrentes. A proporcionalidade é uma exigência de equilíbrio de valores considerados, e qualquer juízo de razoabilidade diante do descrímen tomado pelo legislador deve ser embasado pela Constituição.

Além disso, o princípio da isonomia quer dizer proibição de arbítrio, ou seja, uma proibição de medidas inadequadas, por um lado, à ordem constitucional de valores e, de outro lado, a uma situação de fato que se pretende regular ou a um problema que se quer decidir.

2.6 - A proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente como limites moduladores do sistema jurídico-penal

Por mais que sempre se invoque o princípio da lesividade ou ofensividade, possivelmente não exista hipótese mais evidente de aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal do que quando se invoca o princípio

da insignificância. A constatação acerca desse último princípio de determinada conduta não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma sanção penal a uma situação de fato.

Conceitos como o de tipicidade material guardam a exigência de proporcionalidade na imposição de uma sanção a uma conduta que, a despeito de enquadrar-se formalmente à descrição da norma penal incriminadora, ou seja, a despeito de possuir tipicidade formal, não merece, por causa da insignificância da lesão dela derivada no caso concreto, a reprimenda prevista para a hipótese de sua realização, porque é desproporcional à hipótese. Conforme Roxin, o princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional básico, tem a aptidão de invalidar a punição de uma infração insignificante, por vulneração da proibição do excesso.

Há uma discussão sobre o momento de constatação da insignificância jurídico-penal quando esse juízo se realiza à luz da proporcionalidade, mormente se no exame de necessidade ou de proporcionalidade em sentido estrito da medida questionada. Se considerado o juízo de adequação como um exame que cerca a legitimidade em abstrato da norma penal feita para proteger um bem jurídico e o juízo de necessidade como um juízo que se realiza também em abstrato sobre a insuficiência de meios menos gravosos para conseguir o fim pretendido pelo interesse público, a análise que recai sobre a incidência da norma a uma situação fática deve ser feita sob a perspectiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Se a inconstitucionalidade se verifica diante da universalidade dos fatos abstratamente sujeitos à descrição formal do tipo, deve-se socorrer da jurisdição constitucional com a finalidade de afastar a incidência da norma penal incriminadora do ambiente normativo. Não se trata de se recorrer ao princípio da insignificância, uma vez que não se questiona a conduta em concreto, mas a norma em abstrato.

Se o juízo de desproporcionalidade surge das circunstâncias do caso concreto, e considerando-se a inexpressiva lesividade da conduta em face da sanção que lhe é formalmente projetada, sob questão, não estará a legitimidade da norma penal em abstrato, mas a consequência penal de sua incidência em concreto.

A menor ou maior estatura do bem jurídico atingido não é, por si só, elemento a afirmar a necessidade ou não da intervenção penal. Portanto, como em nem todo atentado à vida é necessária a obrigatória intervenção penal ditada pela Constituição Federal, também, nem toda agressão a um bem jurídico de menor hierarquia será insignificante. Essa análise dependerá da intensidade da lesão à luz do caso concreto.

O juiz, tendo uma conduta como penalmente relevante e que mereça sanção, isto é, não seja insignificante, entender como excessivos, para o caso concreto, os parâmetros de pena fixados pela lei à hipótese, pode ele entender a pena mínima como excessiva, não se tratando de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não é insignificante. Assim, a situação de fato não é totalmente insuficiente para afastar a incidência da norma penal e de sua sanção. Nesses casos, a insuficiência é relativa, porque é verificada não por causa do sistema penal, mas, sim, tendo em vista determinada norma, em razão da desproporcionalidade representada por sua incidência em concreto.

Nessas situações, o problema, quando existe, costuma ser gerado pela excessiva amplitude do tipo a receber um universo de condutas, nem todas equiparáveis sob a visão do dano social delas decorrente. É um caso de violação relativa da taxatividade da lei penal, a qual, se não é bastante a ponto de invalidar o tipo penal abstratamente considerado, sugere, no caso concreto, o enquadramento do fato a um tipo residual, proporcional à gravidade do fato praticado.

Esse deslocamento do fato a um tipo menos rigoroso, por implicar um afastamento, ainda que parcial, da lei penal, não pode fazer-se de qualquer modo. Apesar de não ser absoluta, a regra é a liberdade de configuração do legislador. Não poderá o juiz suplantar o legislador apenas dizendo que essa ou aquela situação ofende o princípio da proporcionalidade porque assim lhe parece. Uma decisão nesse sentido seria nula, não faltando razões para esse reconhecimento, vindo a legitimidade da atuação do magistrado da adequada fundamentação de suas decisões.

Trata-se de caso que, se aceito, deve ser posto em prática excepcional e por meio de uma decisão que seja fundamentada, a qual comprove existir um

excesso ou uma irrazoabilidade manifesta que desmagnetizem o fato da norma penal inicialmente prevista, com a finalidade de adequá-lo a uma hipótese residual.

Ainda não se questiona a adequação e a necessidade em abstrato de determinada norma penal para regular diversos fatos que firam o bem jurídico tutelado. Questiona-se sua incidência à luz do caso concreto quando dessa relação possa surgir uma situação que possa ofender o princípio da proporcionalidade.

A Lei nº 10.792/2003 promoveu inovações, trazendo uma alteração nos requisitos estabelecidos para progressão de regime prisional. Foi alterado o artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e, desde então, deixou de ser obrigatória a realização do exame criminológico sobre o sentenciado, tendo sido substituído por um atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Essa alteração legislativa ocasionou um questionamento sobre a eventual violação da proporcionalidade na espécie proibição da proteção deficiente. Visualizando vício de ilicitude constitucional, Streck argüiu incidentalmente a inconstitucionalidade da medida, juntando às suas razões um elemento material que consubstanciaria a alegada proibição deficiente, isto é, a ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, a ter assento caso a análise dos requisitos do artigo 112 devesse se dar de forma automática, impedindo o juiz de aquilatar a suficiência da medida¹⁰.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manifestou-se no sentido de que a reforma do mencionado dispositivo da Lei de Execução Penal não apagou o requisito subjetivo para a progressão de regime, representado pelo atestado de conduta carcerária. Mesmo diante desse documento, nada há que impeça o julgador, insatisfeito com os dados de que disponha, determinar a realização de perícia para verificar seu estado psicológico antes de apreciar pedidos de benefícios na execução. (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. AE 70010476992, 2005)

¹⁰ “a alteração legislativa acabou por transformar o juiz das execuções em mero homologador de laudos – visto que lhe basta verificar o requisito objetivo (tempo) e a existência de atestados de boa conduta carcerária (*sic*) –, violando o princípio da reserva de jurisdição”. “Dito de outro modo, a nova legislação, ao vincular o juiz aos atestados do diretor do estabelecimento penitenciário, acaba por ‘administrativizar’ a execução, colidindo assim com o próprio sistema da LEP que é judicializado”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer no Agravo em Execução 70008229775)

O referido tribunal, ao agir daquela maneira, usando interpretação conforme a Constituição, salvou a validade do texto. Não se referiu à proibição da proteção deficiente, mas evidenciou a sua aplicação ao referenciar o princípio da proporcionalidade como parâmetro para sua decisão. Quando nega a apresentação do atestado de bom comportamento carcerário para conceder a progressão de regime, o Tribunal afasta o risco de uma interpretação excludente da intervenção judicial, restando a reserva da jurisdição na fase de execução penal.

O legislador penal não está livre de um controle de constitucionalidade sobre seus atos, seja na penalização ou despenalização das condutas. Sua liberdade para atuar é a regra, porém é relativa, encontrando-se sujeita a pautas que lhe são subministradas pela Constituição, as quais lhe impedem extrapolar os limites superior (proibição do excesso) e inferior (proibição da proteção deficiente) da proporcionalidade.

Esse controle do juiz sobre a atuação do legislador não pode ser feito de uma maneira qualquer, realizando-se por uma concepção genérica de proporcionalidade. Para que tal controle seja válido, é necessária uma vasta fundamentação com base no sistema normativo constitucional-penal bem como em um suporte empírico que, retirado de uma dada realidade contextual, no espaço e no tempo, condicionada, permita um juízo certo sobre a necessidade de se recorrer às normas penais ou não.

3 - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

3.1 - Introdução

O Poder Judiciário é o Poder mais singular em relação aos demais Poderes. Ademais, não é o fato de o Poder Judiciário aplicar o Direito que o distingue, pois se trata de função que, de forma mais ou menos intensa, é feita pelos demais Poderes, especialmente pelo Executivo. Porém, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de uma decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante em casos de direitos contestados ou lesados.

A atual Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário uma autonomia institucional desconhecida na história das Constituições, mas que se revela singular e que deve ser destacada também no direito comparado. Buscou-se garantir a sua autonomia administrativa e financeira e assegurou-se a independência funcional dos magistrados.

A atual Carta Magna consagra o livre acesso ao Poder Judiciário. Os princípios da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV) influenciam decisivamente no processo de organização da Justiça, especialmente com relação às garantias da magistratura e à estruturação independente dos órgãos. Pouco valor teria um amplo rol de direitos fundamentais sem um Poder Judiciário com a garantia da independência funcional, uma vez que direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder estatal. É a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter judicial, em especial a proteção judicial efetiva, que permite diferenciar o Estado de Direito do Estado Policial.

O princípio da proteção judicial configura pedra angular do sistema de proteção de direitos, proporcionando a concepção de novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos. Esse aumento dos mecanismos de proteção deve ser destacado, na medida em que tem influenciado o próprio modo de organizar o Poder Judiciário, sendo usado o presente

princípio para garantia da plenitude de defesa, como se pode conferir no Informativo 656, no voto vencido do Ministro Celso de Mello, no HC 102433/PR¹¹.

3.2 - Direito de acesso à Justiça e à efetividade da tutela jurisdicional

Como se tem conhecimento, no Brasil, o direito de acesso à Justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva são garantias dadas pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV.

A Constituição de Portugal assegura esse direito no art. 20, nº 1, que dispõe que "a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos".

Na Espanha, o direito de acesso à Justiça é garantido no art. 24, nº 1, da Constituição, estatuinto que "*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos y intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*" (Espanha. CE, 1978).

Nos Estados Unidos da América, o acesso ao Poder Judiciário também é amplo e vem disciplinado pelo artigo 3º da Constituição Federal e pela Emenda XI. Também na França ele é considerado direito fundamental dos cidadãos.

¹¹ No tocante à não participação de revisor original, não se vislumbrou qualquer ilegalidade referente ao ato que, nos termos do regimento interno, determinara a substituição do revisor, que se encontrava em férias, pela juíza federal convocada. Saliou-se que a magistrada não só demonstrara haver efetivamente revisado o caso concreto, como, inclusive, proferira voto que se tornara o condutor do acórdão, reduzindo o quantum da pena do condenado. Entendeu-se que o fato de a juíza integrar a turma julgadora como revisora não seria capaz de acarretar, por si só, a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo art. 563 do CPP. Relembrou-se jurisprudência desta Corte no sentido de que a prova do prejuízo, a teor desse dispositivo, seria essencial à alegação de nulidade, fosse ela relativa ou absoluta, além de precedente desta Turma no qual se declarara que, não comprovada a configuração de prejuízo, não haveria que se falar em cerceamento de defesa (Enunciado 523 da Súmula do STF), quando juiz federal integrasse o órgão colegiado como revisor. Concluiu-se não estar demonstrado o efetivo prejuízo suportado pelo paciente em virtude da substituição de revisor pela juíza federal convocada. Vencido o Min. Celso de Mello, que concedia a ordem por considerar que uma situação específica como a dos autos frustraria a plenitude do direito de defesa e, com isso, comprometeria a proteção judicial efetiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 656, 2012)

Verifica-se que o direito à tutela judicial efetiva passou, no final do século XX, a ser um direito e garantia fundamental dos sistemas jurídicos que têm por finalidade serem modernos e igualitários e também que tenham o objetivo de garantir os direitos de todos.

Cabe ressaltar que o direito à efetividade deriva do direito constitucional de ação e do devido processo legal, porque, quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Poder Judiciário, preceitua também como a jurisdição seja retirada de sua inércia e esse modo é o processo.

Depois da segunda metade do século XX, começaram a surgir novas ideias no campo do Direito Processual em todo o mundo. Passou-se a encarar esse direito mais como um serviço, encontrando-se os principais obstáculos ao bom desempenho da justiça e descobriu-se que eles estavam localizados em pontos essenciais e muitas vezes comuns em diversos sistemas jurídicos.

De início, verificou-se que o q marcante nos últimos tempos foi o aumento do número de litígios, sendo as demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário multiplicadas assustadoramente. Isso aconteceu porque a sociedade evoluiu muito e rapidamente, passando as leis a se suceder em ritmo acelerado e conseqüentemente acabaram por gerar um maior contencioso.

Servidores e magistrados praticamente não aumentaram em número. O resultado dessa situação é que o Poder Judiciário não consegue deter esse fenômeno e só pode prolatar seus julgamentos ao término de alguns meses ou até mesmo anos. Essa situação torna-se mais grave pelo fato de que o volume de litígios não só aumentou em quantidade, mas também em qualidade.

Um aspecto que chama a atenção é que, no século XIX, os litígios versavam em geral sobre direitos individuais. Atualmente, a grande maioria dos processos envolve questões de caráter coletivo. Por outro lado, com as modificações recentes, o processo deslocou-se na direção das camadas populacionais de condições mais pobres, que passaram a ter mais acesso ao Poder Judiciário.

Antigamente, quando os processos giravam em torno de questões que atingiam camadas mais abastadas, o acesso à Justiça era realizado quase que sem problema, uma vez que se contratava um advogado e se pagava com facilidade as despesas judiciais. Atualmente, muitos não querem se aventurar com a propositura de uma ação, da qual se ignora quanto será seu custo.

A situação complicou-se ainda mais quando as relações de direito material tornaram-se complexas e passaram a envolver grande quantidade de pessoas. No esquema tradicional, os sujeitos da relação jurídica de direito material, em regra, são os legitimados para estarem no processo na qualidade de partes.

Preocupação existe com relação à duração do processo. No início do século passado, a lentidão dos processos era a regra e atribuía-se a responsabilidade ao formalismo judicial. Nos dias atuais, levada em conta a natureza dos litígios, já não é possível conformar-se com essa demora, como é o caso, por exemplo, de uma prisão cautelar decretada no curso de um processo, cuja parte não pode ficar mais tempo detida do que o necessário, desde que presentes os requisitos legais. Eis porque a celeridade se converteu num dos mais importantes imperativos da Justiça atual.

O desenrolar da persecução criminal em um prazo razoável é uma garantia que se encontra no devido processo legal. Tucci, citando Fernandes, enfatiza que o prazo para a prática de ato processual é a “distância temporal” entre dois momentos procedimentais, determinantes de seu início e de seu encerramento:

A primeira e natural exigência é a de que haja prazo fixado na lei e, assim, não havendo determinação específica do prazo, deve o diploma legislativo prever um prazo genérico, aplicável aos casos omissos. Não basta, contudo, a existência do prazo. É necessário mais, faz-se mister que o prazo seja adequado para a parte desenvolver a sua atividade e, em relação ao acusado, para que realize a ampla defesa que lhe é assegurada constitucionalmente. Não é qualquer prazo, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada. (FERNANDES, 2009, p. 206-207)

Com a finalidade de espancar qualquer dúvida e afinando-se com as modernas tendências do Direito Processual, o legislador pátrio, por meio da Emenda Constitucional nº 45, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, nestes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (TUCCI, 2009, p. 209)

Na maioria dos países do mundo, ao se procurar uma solução para o problema de julgamento de processos em prazo razoável, há uma tendência em se privilegiar a oralidade, a rapidez na fase judicial, a liberdade das formas e a atribuição de maior autoridade ao juiz em comandar o processo. Percebe-se que o processo, para melhor acompanhar a evolução de sua época, deve ser mais dinâmico, ou seja, ser operado de modo que a decisão a ser dada venha o mais breve possível.

Não se pode deixar de se referir à instituição da audiência una no processo penal, que permite ao juiz, de imediato, prolatar a sentença de primeiro grau prescindindo da instrução. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 passou a assegurar como direito fundamental de caráter individual e coletivo o acesso ao Poder Judiciário para se buscar tutela dos direitos lesados ou ameaçados em seu artigo 5º, inciso XXXV, antes citado.

Quanto ao âmbito do processo, as reformas processuais penais vêm sendo feitas paulatinamente, desde o advento das Leis nºs 11.689/2008, 11.719/2008 e 11.900/2008, até chegar à Lei nº 12.403/2011. As Leis de 2008 cuidaram de júri, provas, procedimentos, videoconferência e outros temas, provocando várias modificações, testadas atualmente na prática do dia a dia, com problemas e conflitos que vêm sendo solucionados pela jurisprudência. Algumas dessas reformas aprimoraram o processo penal e deram maior efetividade à realização de justiça. Outras deixaram a desejar, provocando muito desgaste.

Sobre as mudanças do Código de Processo Penal, Coutinho (2010) manifestou-se no sentido de que o Código atual adotou o sistema inquisitório, sendo ele incompatível com o devido processo legal¹².

Dentre as alterações citadas, as Leis nºs 11.689 e 11.719/2008 estatuíram a audiência una, nos procedimentos sumário, ordinário e na primeira fase do Tribunal do Júri como uma forma de viabilizar a efetividade do processo. Agora, na mesma audiência, ouvem-se as testemunhas, interroga-se o acusado, apresentam-se alegações orais e a sentença também é apresentada oralmente ou no prazo de dez dias.

A Lei nº 12.403, de maio de 2011, alterou bastante o regramento das medidas cautelares pessoais no processo penal nacional. Veio a mencionada lei estipular, dentre outras mudanças, que a prisão preventiva passa a ser a *ultima ratio*, a última opção do magistrado, opção esta subsidiária, o que faz com que o processo penal se aproxime do Direito Penal, porque lida com direitos fundamentais. Hoje, o Direito Penal é subsidiário, de intervenção mínima, podendo-se dar como exemplo os crimes de bagatela, ou princípio da insignificância.

¹² Boletim do IBCCrim, Ed. Especial de Agosto de 2010, no artigo “Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP: “Sistema Acusatório: É a mais relevante mudança trazida no CPP que está vindo. Ora, o sistema do código atual é inquisitório e dele é que todos nós queremos nos livrar: ele deu no que está aí e só um hipócrita poderia dizer que está bom com está.

O importante, porém, é que a Comissão que elaborou o anteprojeto, hoje Projeto nº 156/2009-PLS, em verdade partiu da idéia de que para se fazer um novo Código seria imprescindível compatibilizar a estrutura toda com a Constituição, hoje com quase 22 anos. O esforço foi nesta direção, logo, tudo o que se fala a respeito deste tema deve ser visto, em primeiro lugar, pelas lentes da CR, sob pena de qualquer crítica se tornar vazia e desacreditar seu autor. Por evidente que se precisa de críticas, mas, para que elas sejam produtivas, deve-se levar em conta a Constituição, anteparo primeiro da Comissão: é nela que está um modelo de processo penal que só pode ser estruturado no sistema acusatório. Afinal, o processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal, só para começar.

Ora, para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa. Isso não significa que ele vá ser como uma “samambaia”, conforme ingenuamente alguém sugeriu. Basta ver que se as partes propõem meios de provas para esclarecer o juiz, é evidente que tal esclarecimento deve ser feito por ele se elas não conseguem se desincumbir de sua função. Assim, se alguém arrola uma testemunha – como já deveria ser hoje – ele, o juiz, espera que as partes façam as suas perguntas a fim de esclarecimento pretendido. Se isso não vier, por que ele não poderia perguntar também, depois? Eis por que se não deve confundir as coisas. Um sistema assim é, sem dúvida, mais democrático, com cada parte no seu lugar, o que permite, antes de tudo, que o juiz possa manter uma maior equidistância das partes e seus pedidos. O juiz, desde este lugar, assume seu mister constitucional e, assim, passa a ser o garante-mor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais.

Por sinal, precisamos de tal juiz porque é sobre ele que recai a responsabilidade de decidir, se for necessário, contramajoritariamente, sem o que não há democracia.

O artigo 282 do Código de Processo Penal agora traz critérios gerais pela alteração legislativa. Para aplicação do princípio da proporcionalidade, devem ser observados os requisitos da necessidade e da adequação para decretação de uma medida cautelar. Deve ela ser necessária, nos termos do inciso I e obedecer aos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais. Além disso, de acordo com o inciso II, a medida deve ser adequada à gravidade do crime, à circunstância do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. De acordo como o segundo requisito, a prisão preventiva deve ser considerada a *ultima ratio*, como acima verificado, sendo aplicável quando outras medidas possam ser aplicadas.

O juiz poderá escolher, em rol previsto na lei, qual a medida ajustada ou até mesmo mais de uma, e, caso seja descumprida, poderá substituir, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva.

Da análise da lei, verifica-se que, para o magistrado aplicar uma medida cautelar, deverá, agora, mandar intimar a parte contrária para sua manifestação. Porém, se houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, essa providência não deverá ser observada, sendo uma novidade, de acordo com essa legislação. Com isso, verifica-se um fortalecimento do contraditório.

O artigo 283 do Código de Processo Penal preceitua agora a prisão em flagrante, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, temporária ou preventiva, respeitando-se o princípio da presunção de inocência. Ainda, só se admite a decretação de prisão ou aplicação de outra medida quando a infração comine pena privativa de liberdade.

A previsão contida no inciso III do art. 310 quanto à concessão de liberdade provisória suscita dúvidas, pois agora o Código prevê medidas cautelares diversas da prisão, sendo a fiança uma delas. O juiz deve, no recebimento do auto de prisão em flagrante, se não converter a prisão em preventiva, verificar se é possível a imposição de uma ou mais medidas cautelares.

Outro aspecto interessante a se considerar é que, no parágrafo único do art. 310 do mesmo *Codex*, há previsão de que, em casos de possível ocorrência de alguma excludente de ilicitude, existe a possibilidade de se conceder a liberdade

provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, não sendo esse termo obrigatório.

Há, agora, novos casos de preventiva. O parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal preceitua que, quando há dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou ela não fornece elementos suficientes para esclarecê-la, cabe decretação dessa prisão. É uma prisão especial para a pessoa suspeita. Depois de identificada, a pessoa é posta em liberdade. É hipótese aplicável a qualquer tipo de delito. Criou-se uma hipótese de prisão preventiva utilitária, voltada ao indiciado ou réu, cuja identidade civil for duvidosa e não houver elementos para esclarecê-la; mas a prisão cessa seus efeitos quando a dúvida for resolvida.

Mantém-se a vedação da aplicação de prisão preventiva a quem tiver cometido o fato típico, mas lícito, ou seja, com alguma excludente da ilicitude, prevista no artigo 23 do Código Penal.

Quanto à instrução probatória, pode-se afirmar que os entraves não são tanto da legislação, que apresenta menos defeitos, mas do mau uso dos poderes instrutórios que o juiz faz parecer.

Existe ainda a prisão preventiva decretada por descumprimento de outra medida, prisão que tem por finalidade assegurar a efetividade das demais medidas cautelares, não sendo necessária a observância das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Os casos de inafiançabilidade são somente os da Constituição Federal. A proibição à fiança passa a ter o mesmo alcance constitucional que o racismo, tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados, com retoques do legislador ordinário, quando, no mesmo processo, tiver ocorrido a quebra da fiança anterior, ou em caso de prisão civil ou militar, ou quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

Vê-se que o Direito Penal atual valoriza a desprisionalização. É também um fenômeno fruto da intervenção mínima. Como dito, novas medidas cautelares foram criadas com a finalidade de substituir a aplicação da prisão preventiva ou de atenuar os rigores da prisão em flagrante.

A lei prestigia a individualização da pena, pois ela foi trazida para o processo para se individualizar as medidas de exceção. O juiz, desde o início, já individualiza referidas medidas cautelares de exceção.

Finalmente, deve-se se referir, quando se fala da efetividade do processo, ao princípio da economia processual, para o qual o processo deve assegurar o máximo de resultado com o mínimo de desperdício de tempo e energia, uma vez que a demora para se entregar a prestação jurisdicional é um elemento capaz de afastar a efetividade do processo.

Não se pode esquecer que um processo extremamente rápido e sem qualquer segurança é tão inadequado quanto um processo extremamente seguro, mas excessivamente lento. Deve haver a garantia de um processo tão rápido quanto possível, que estabeleça a maior segurança que se possa obter por meio dos provimentos jurisdicionais.

Ainda com referência ao processo penal brasileiro, nos últimos anos, existe um longo caminho a se percorrer na direção da mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. Há dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a sociedade, e que recorre ao Poder Judiciário para solucionar conflitos graves, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais Poderes. Além disso, há outros fatores que certamente colaboram para o descrédito da Justiça e acarretam a demora excessiva do processo, fazendo com que se tenda a ver a efetividade não como um meio, mas, sim, como um fim em si mesmo.

Embora o acesso à tutela judicial venha sendo aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de efetividade é ainda vago e relativo. A efetividade perfeita poderia ser definida como a capacidade de um instrumento para atingir os fins ou produzir os efeitos a que se destina.

A busca da justiça é a finalidade do processo, sendo a atuação concreta e eficiente do direito material, isto é, as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.

Finalmente, o acesso à Justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve compreender também uma proteção juridicamente eficaz e adequada.

3.3 - Regras principiológicas constitucionais que prevêm a garantia de julgamento dos processos em um prazo razoável para manter a dignidade da pessoa humana

Na atual Constituição, está inserida toda metodologia e sistema de princípios processuais, os quais a doutrina nomina de Direito Processual Constitucional, o qual é dividido em duas partes, sendo a primeira a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e a segunda, a jurisdição processual. A primeira engloba as regras constitucionais que dizem respeito aos órgãos da jurisdição e ao direito de ação e defesa; a segunda refere-se ao controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e da jurisdição constitucional das liberdades, com a previsão de remédios constitucionais-processuais, como, por exemplo, o *habeas corpus*.

A Constituição de 1988 veio para reforçar o sistema de direitos e garantias do cidadão. Há garantias constitucionais que devem ser observadas no processo, pelo ordenamento jurídico, do qual elas fazem parte e devem buscar a boa aplicação do que elas determinam.

O processo judicial deve ser capaz de entregar a tutela jurisdicional em um prazo razoável para que seja alcançado um dos fins mais importantes da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana. Existem regras na Carta Magna que se referem à organização da Justiça, que determinam as garantias indispensáveis aos direitos individuais e coletivos e que orientam o processo, com a consagração do direito à jurisdição.

Uma das mais importantes garantias processuais é a do julgamento dos processos em um prazo razoável, como consequência do devido processo legal. Tem-se como “dilações indevidas” “os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre,

sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários” (GARCIA, 1987, p. 39). Nesse sentido, temos o seguinte voto do Ministro Gilmar Mendes:

(...) A propósito, é pertinente mencionar os já conhecidos comentários de Günther Dürig ao art. 1º da Constituição alemã, os quais afirmam que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.”*] (MAUNZ-DÜRIG, 1990, p. 18). Com esses fundamentos, constata-se, na espécie, que estamos diante de mais um daqueles casos em que a atividade persecutória do Estado orienta-se em flagrante desconformidade com os postulados processuais-constitucionais(...).(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 443, 2006)

Ainda pode-se citar, neste contexto, o Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou Tribunal independente, imparcial, competente, e estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer natureza.(DIDIER JR., 2007, p. 39)

Tendo em vista que os princípios norteadores do processo penal estão localizados na Constituição, está-se mais próximo de atingir o Estado de Direito, uma vez valorizadas as garantias fundamentais de toda a coletividade, mostrando-se esse direito capaz de tornar o processo mais efetivo, com a entrega da tutela jurisdicional em um prazo razoável.

3.4 - A função jurisdicional

Ao lado da função de legislar e administrar, existe a função de julgar. A função jurisdicional tem o papel de fazer valer a lei, de forma coativa, todas as vezes que seu cumprimento não se dê sem resistência. Ao particular, o Estado subtraiu a faculdade do exercício de seus direitos pelas próprias mãos, como regra. Cabe salientar que há exceções, sendo que pode-se citar o desforço autorizado e as causas de exclusão de ilicitude legais, como a legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, além da causa suprallegal, como é o consentimento do ofendido.

Deve o lesado comparecer diante do Poder Judiciário, e este, tomando conhecimento da lide, substitui-se à vontade das partes dizendo o direito no caso concreto. O Estado dita, substituindo-se à vontade das partes, o direito que essas devem cumprir. Essa declaração do direito aplicável a um caso concreto deve ser mantida de forma definitiva e suscetível de vir a ser executada coativamente.

A função jurisdicional, secundária e substitutiva, é aquela exercida pelo Poder Judiciário, para aplicar a lei a um caso concreto, por meio de um processo regular, produzindo-se coisa julgada e substituindo, definitivamente, a vontade das partes. Isso é apenas formal e válido somente para o âmbito extrapenal, pois a imposição de uma pena e a vontade de Estado de executá-la não podem ser impostas ao condenado, tanto assim que não é sancionada penalmente a fuga, a qual, inclusive, pode ser “premiada” pela prescrição.

O processo é hoje a manifestação de vontade de um direito da pessoa humana e as Constituições se interessam por disciplinar esse direito com o fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar a sua desnaturação com prejuízo dos direitos subjetivos.

Marques preceitua que “essas garantias encontram sua síntese na exigência constitucional do devido processo legal, ou processo justo, que as leis de processo estão obrigadas a adotar”. (1980, p. 151-152)

O devido processo legal é muito mais uma garantia do que um direito. Por ele se objetiva proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e também a aplicação da lei. Esse princípio caracteriza-se por uma grande abrangência e quase se confunde com o Estado de Direito. Instaurado, todos passam a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio estatal.

Nos dias atuais, o devido processo legal desdobra-se em vários outros direitos de maneira especificada na Constituição, fazendo referência expressa à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios do Direito Processual Penal.

Embora o bem mais importante do homem seja a sua liberdade, ninguém pode ignorar a importância representada pelo patrimônio na sua vida. Mesmo que o

Estado, por vezes, destitua alguém do domínio de determinado bem, é preciso que essa medida de extrema gravidade seja processada com as garantias do devido processo legal.

Referido perdimento pode dar-se pela prática de atos ilícitos, na área administrativa, ou sem qualquer fundamentação na ilicitude, como ocorre com a desapropriação. O dispositivo em questão iguala tais casos.

As garantias do devido processo legal são garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperativa, em que a garantia da jurisdição surge da colaboração entre as partes e o juiz. A participação dos sujeitos no processo significa cooperar no exercício da jurisdição.

O dispositivo previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal está assim redigido: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório.

Ampla defesa significa assegurar aos réus condições que lhes possibilitem trazer ao processo os elementos para esclarecer a verdade, assumindo várias direções, ou seja, inquirição de testemunhas, designação de defensor dativo. Esse direito assegura que o processo não se converterá em luta desigual, em que ao autor caiba a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só caiba esboçar negativas, mas o acusado deve poder evidenciar a sua versão sobre os fatos.

Saad posiciona-se no sentido do direito de defesa no inquérito policial. Segundo essa autora, defender quer dizer “resistir, opor forças, ou razões, à força, ou argumentos, que se nos fazem proteger, sustentar de algum partido, opinião” (2004, p. 212). A defesa é o direito de resistir a um ataque; é a ação de defender-se; defesa é resistência, oposição de forças.

Juridicamente, a defesa visa à preservação e à restauração dos direitos do acusado para tutelar sua liberdade jurídica. A defesa, no processo penal, tem por finalidade preservar os direitos do acusado ou condenado de tratamento injusto e

inadequado. É um momento infalível no processo, sendo um instrumento para realização da justiça.

A garantia da ampla defesa envolve não só o direito à informação, mas, também, a prova e a bilateralidade da audiência.

Há o contraditório, no qual existe antes um conflito, que se quer buscar resolver, ou seja, é ele o instrumento de solução do conflito que já está pré-resolvido. É uma relação de oposição entre dois sujeitos parciais. A bilateralidade é a exigência para a superação do conflito por meio da atividade de um sujeito imparcial.

No processo penal, não há litigantes, mas o que se pode chamar de acusador e acusado. Já no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não há a possibilidade de se estabelecer contraditório, nos moldes como explanado, mas, sim, de se exercer o direito de defesa.

Embora a doutrina sustente que ampla defesa e contraditório não se confundem, a maior parte dela afirma que ambos são indissociáveis, variando o entendimento quanto à relação que se estabelece entre esses direitos, não sendo isso pacífico.

Engloba o inquérito policial não somente atos de investigação, mas, também, atos de instrução, alguns de caráter transitório, outros, definitivo. A partir da instauração desse procedimento, vários atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ocorrer em desfavor do acusado, como, por exemplo, decretos de prisões preventiva e temporária. Podem ainda ter lugar em seu curso a decretação de medidas cautelares, como a busca pessoal ou domiciliar, o que constitui um limite ao direito de inviolabilidade domiciliar, por exemplo.

Pode o indiciamento acarretar um abalo moral, familiar e econômico, sendo o pior de tudo, por fim, poder acarretar a formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal por meio da decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

É o inquérito uma forma de persecução preliminar, uma fase procedimental importante e vem a Constituição sendo interpretada de forma a

restringir as garantias constitucionais lá previstas, reduzindo-se o direito de defesa e o direito de assistência de advogado, como citado no artigo 5º, incisos LV e LXXIV, além dos artigos 133 e 134 da Constituição.

Por ser o inquérito policial uma etapa importante para obtenção de meios de provas, inclusive com atos que não mais se repetem, deve o acusado contar com a assistência de defensor já nessa fase, segundo orientação de parte da doutrina, para que possa ser preparada adequada e tempestivamente sua defesa.

Porém, não há assistência por meio de advogado dativo ao indiciado e isso ocorre apenas na prisão em flagrante, para que ele possa requerer relaxamento de prisão ou a sua liberdade provisória. Resta somente ao acusado aguardar o fim do inquérito, podendo esse procedimento estender-se por anos, havendo, ainda, a remessa dos autos a juízo para, somente se o órgão acusador o denunciar, contar com a assistência de um profissional. Por isso, para os que se posicionam nesse sentido, sua defesa, porque tardia, pode estar comprometida. Nesse sentido o julgado¹³, que reconheceu excesso de prazo para encerramento do inquérito policial.

¹³ *Habeas Corpus*. Processual penal. Contrabando de máquinas de caça-níquel. Prisão em flagrante. Pedido de relaxamento da custódia, sob a alegação de excesso de prazo para o encerramento do inquérito policial e oferecimento da denúncia. Pedido indeferido pelo douto magistrado que, no entanto, concedeu, de ofício, a liberdade provisória ao paciente mediante fiança. Impetração que alega constituir constrangimento ilegal a concessão de liberdade provisória mediante fiança, quando a restrição prolongada à liberdade do indiciado sem acusação formada, já eivava a constrição de ilegalidade a ensejar o seu relaxamento. Pequeno excesso de prazo (35 dias) para conclusão do inquérito policial justificado diante da declinação da competência do juízo estadual ao federal e da necessidade de realização de novas diligências. Parecer do MPF pelo não conhecimento do writ, ou, caso conhecido, pela sua denegação. Ordem denegada.

1. Apesar de o paciente já se encontrar solto por força da liberdade provisória com fiança, tal soltura está condicionada ao cumprimento de algumas obrigações legais, acabando por, ainda que remotamente, ameaçar a sua liberdade, o que lhe confere interesse de agir na presente ação.

2. O prazo para o encerramento do Inquérito Policial, nos termos do art. 66 da Lei nº 5.010/1966, é de 15 dias prorrogável por igual período, entretanto, antes de se concluir pela existência ou não do excesso de prazo é preciso analisar, caso a caso, a razoabilidade do tempo despendido diante das peculiaridades que o feito apresenta.

3. *In casu*, a alegada restrição prolongada da liberdade do paciente sem acusação formada (35 dias) pode ser atribuída à declinação da competência do Juízo Estadual ao Federal e à necessidade de realização de novas diligências.

4. Exercidos os prazos nos limites da razoabilidade, não configura manifesto o alegado constrangimento ilegal a justificar a conversão da liberdade provisória mediante fiança em relaxamento da prisão em flagrante.

5. O MP manifestou-se pelo não conhecimento, e em caso contrario pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 89.654/MG – 2007/0205616-6, 2009).

Entende parte da doutrina que:

é preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando esta realmente importa, estendendo-se o exercício do direito de defesa ao inquérito policial. Mas não só a autodefesa, insuficiente em face do próprio comprometimento emocional e do desconhecimento técnico do acusado. Ele deve poder contar, pois, com assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica. (SAAD, 2004, p. 202).

Neste sentido, no inquérito policial, esteja o acusado preso em flagrante ou não, a atuação do advogado é importante para requerer a produção de provas, em seu favor, para garantia de uma acusação justa e com equilíbrio. A pronta assistência desse profissional garante a juntada de documentos importantes, a localização de testemunhas e a formulação de quesitos, para a prova pericial.

A referida assistência garante a proteção efetiva da liberdade. O exercício do direito de defesa por parte do indiciado e a atuação do defensor, no inquérito policial podem contribuir para que não sejam feitas acusações sem qualquer fundamento ou apressadas.

Em um plano secundário, em decorrência da possível redução do número de processos criminais em andamento, advinda do afastamento de acusações sem necessidade, o Poder Judiciário poderá funcionar de forma mais eficaz. Em poucas palavras, vê-se a importância dada por parte da doutrina ao direito de defesa na primeira fase da persecução penal, ou seja, no inquérito policial.

A defesa ganha um caráter necessariamente contraditório durante o processo, pois há uma afirmação e depois uma negação. O acusado deve ter o direito de tudo contraditar. Em um Estado de Direito, ninguém pode ser apenado senão depois de uma defesa dentro do contraditório.

O texto da Constituição atual inclui em sua proteção os acusados em geral. O conteúdo dessa garantia consiste em o acusado ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele. Essa igualdade não é absoluta, porque autor e réu são diferentes. A mesma faculdade conferida ao autor e ao réu poderia gerar extrema injustiça. A posição de cada um no processo penal já lhe confere vantagens e ônus processuais. O autor propõe a ação, cabendo-lhe o privilégio de iniciá-la, o que não pode ser estendido ao réu, que há de submeter-se a

ela; a defesa tem necessidade de propiciar meios para compensar a perda dessa iniciativa.

A ampla defesa tem por fim restaurar um princípio de igualdade entre as partes, que são diferentes na essência. A ampla defesa só estará assegurada, de acordo com Bastos, “quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja alegada pelo autor, quer pelo réu” (2001, p. 234). No Direito Processual extrapenal, por exemplo, tendo em vista o “favor rei”, o réu se desobriga da necessidade de convencer o juiz. Na verdade, a única coisa que precisa fazer é desestabilizar qualquer juízo de certeza, indispensável para o sucesso da tese acusatória.

O contraditório está dentro da ampla defesa, isso em certo sentido, pois o contraditório também funciona para a acusação; é o contraditório a exteriorização da defesa. A todo ato produzido por uma parte cabe igual direito da outra parte.

O contraditório tem extrema abrangência, uma vez que, além de se voltar aos litigantes em processo judicial, conferiu a mesma destinação aos envolvidos em processos administrativos.

Embora no processo administrativo as decisões não tenham o caráter de coisa julgada, sendo passíveis de revisão pelo Poder Judiciário; de outro lado, dentro da instância administrativa podem ocorrer graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é difícil perante o Poder Judiciário.

Protege-se o acusado no curso do processo administrativo, porque, quanto melhor for a decisão nesse processo, menores são as chances de se renovar a questão na área judicial.

Há que se observar algumas particularidades no processo administrativo. Existe uma diferença no Direito Penal que diz respeito à tipicidade, a qual deve ser rigorosa e precisa, o mesmo não ocorrendo no processo administrativo disciplinar. Nesse último caso, a tipicidade possibilita maior flexibilidade, o que não pode impedir o direito de defesa.

Com relação ao inquérito policial, que é um meio de apuração, a atividade de investigação deverá partir de alguma suspeita. Haverá, na fase inicial,

necessidade de ouvir certas pessoas e colher provas. Essa mera suspeita que envolve determinadas pessoas não pode ensejar a utilização dos meios de defesa dados pela Constituição Federal, sob pena de se inviabilizar a própria atividade policial.

Fernandes manifesta-se no sentido de que

a reação defensiva manifesta-se pelo exercício dos direitos assegurados ao imputado: direito de ter ciência da imputação; direito de ser ouvido sobre a imputação; direito de, após a imputação, ter conhecimento das investigações; direito de realizar ou requerer diligências. No Direito brasileiro, poucas são as disposições tendentes a proporcionar reação defensiva ao indiciado por intermédio desses direitos. (FERNANDES, 2002, p. 30)

Do interrogatório decorrem a ciência da imputação e a oportunidade de sua manifestação a esse respeito. Esse ato, de acordo com o que dispõe o artigo 6º, V, do CPP, deve ser realizado com observância do que dispõe a respeito do inquérito judicial.

Existe imputação quando há representação da autoridade policial diante de uma prisão temporária, indicando as razões pelas quais há suspeita de uma pessoa investigada, ou mesmo quando o magistrado, ao decretar uma prisão preventiva, deve fundamentar a sua decisão e indicar os motivos pelos quais há um juízo de probabilidade em relação à autoria do fato em relação ao investigado. Também há outras medidas como a quebra do sigilo bancário, a interceptação telefônica, além da busca e apreensão domiciliar. Na decretação da prisão cautelar pelo juiz, dentre as outras medidas já citadas, o suspeito sabe que passou a ser considerado o provável autor do fato investigado.

Quando há uma imputação a uma pessoa em virtude de um indiciamento ou de medida cautelar, deve-se assegurar ao defensor o acesso aos autos de inquérito e o direito de se comunicar com o indiciado preso. Não há sigilo a ser imposto ao defensor, pois, conforme o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, possui o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

De fato, a ampla defesa, assegurada pela Carta Magna, atinge o momento da investigação criminal, sendo a assistência do advogado expressamente garantida pelo artigo 5º, LXIII, da referida Constituição, como norma que se aplica ao investigado.

No sistema do Código de Processo Penal, permitia-se que o juiz determinasse, em decisão fundamentada, a incomunicabilidade do indiciado, no seu artigo 21. Ocorre que, com a Constituição de 1988, isso não é mais possível. Exige-se que o local onde está o preso seja comunicado imediatamente à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII), assegurando-se a assistência da família e do advogado (art. 5º, LXIII); não valeria nada dar ao preso essas duas garantias se ele pudesse ficar incomunicável. Aliás, nem mesmo durante o estado de defesa é possível, para preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave instabilidade institucional ou atingidas por calamidades públicas, a incomunicabilidade do preso (art. 136, § 2º, IV). Vê-se a intenção do legislador constituinte de não mais acolhê-la no sistema brasileiro em situações anormais ou mesmo normais.

Durante o inquérito policial, pode haver atuação de um defensor, mas as normas do Código não estão em sintonia com a garantia da ampla defesa. O artigo 14 do Código de Processo Penal possibilita ao indiciado o requerimento de qualquer diligência, que será ou não realizada, “a juízo da autoridade”. Não são cabíveis diligências protelatórias e desnecessárias, mas, se forem importantes, não deve a autoridade policial impedir a sua realização, porque, no sistema brasileiro, não existe o direito de o indiciado realizar investigações pessoalmente.

Ainda há outras atuações da defesa que podem se destinar a proteger o indiciado contra determinações que sejam restritivas a sua pessoa ou a seus bens. Pode caber pedido de relaxamento de prisão, de liberdade provisória, de restituição de bens apreendidos, entre outros. Há diversas maneiras de o defensor atuar na fase preliminar, que não são dirigidas à reação contra os elementos que embasam o indiciamento e possam sustentar a acusação.

Fernandes distingue atos propriamente de investigação dos atos realizados na fase do inquérito policial, nos seguintes termos:

É preciso inicialmente distinguir os atos propriamente de investigação dos atos que, apesar de realizados nessa fase, têm valor probatório ou podem, segundo o sistema de determinado país, servir à instrução da causa e ao convencimento do juiz. No ato próprio de investigação não há razão para se exigir acompanhamento da defesa à diligência realizada pela autoridade policial, sendo suficiente o conhecimento de seu resultado registrado em auto ou termo, ou seja, não há necessidade de participação no ato, mas de conhecimento posterior ao ato. Mas não se pode excluir a intervenção da defesa em atos que representem prova antecipada, exceto quando, pela urgência, não foi possível a participação. Quanto aos atos de inquirição de testemunhas, se permanecerem nos autos do processo e por isso chegarem ao conhecimento do juiz, deve-se facultar a participação do indiciado. O melhor é que, com exceção dos atos irrepetíveis ou que representem prova antecipada, todos os demais sirvam apenas à acusação e ao exame judicial da justa causa da ação penal, não indo para os autos do processo. (FERNANDES, 2002, p. 133)

Na fase do inquérito policial, os acusados não poderão assim ser chamados, nos termos constitucionais. Enquanto o Ministério Público não oferecer uma denúncia e ela não for recebida pelo juiz, a pessoa não pode ser tida como acusada. A fase inquisitorial é preparatória da acusação, uma vez que só quando se apuram os fatos e se busca a autoria é possível o ato formal da acusação. Majoritariamente, pode-se dizer que ao inquérito não são aplicáveis o contraditório e ampla defesa.

A defesa, dentro do processo, deve ser feita por um advogado. Em um primeiro momento, a escolha e a contratação desse advogado cabem ao acusado; caso não o faça, cabe ao Estado fazê-lo, nomeando-lhe um defensor dativo.

A assistência do defensor é um direito do réu, em todos os atos do processo, sendo obrigatória, independentemente de sua vontade. Não basta que haja um defensor nem que ele se limite a participar formalmente do processo, mas é necessária uma defesa substantiva do acusado. Quando se fala em processo penal, exige-se uma defesa real, devendo esta ser aplicada mesmo nos casos em que o acusado resolva assumir, ele próprio, a sua própria defesa, por ser advogado.

3.5 - A instrumentalidade do processo

Quando o Direito passou a ser focado sob um prisma constitucional, novas perspectivas foram percebidas no Direito Processual, sendo tendência o abandono de uma visão única, predominantemente técnica nessa área do Direito, assumindo-se que o processo busca necessariamente valores e fins fora dele, não se confundindo com ele, mas que devem ser por ele alcançados e concretizados.

Está aí a instrumentalidade do processo, ou seja, a adoção de uma técnica que tem por fim torná-lo um instrumento ágil e rápido para a prestação jurisdicional, assegurando-se que ele seja justo, para a realização do direito nele contido, visando à pacificação social.

Dinamarco (2008) expressa que tal fenômeno significa que o Direito Processual e o processo só podem ser concebidos e entendidos como instrumentos do direito material, como instrumentos do exercício do poder pelo próprio Estado, repousando, como todo instrumento, sua perfeita compreensão na identificação de quais são suas finalidades, isto é, a sua utilidade só pode ser medida e avaliada na proporção em que se saiba quais os seus fins e em que grau esses fins são ou conseguem ser atingidos.

Salienta ainda Dinamarco (2008) que essa visão instrumental do processo é o resumo dos movimentos pelo aperfeiçoamento do sistema processual, sendo inclusive uma tendência universal, demonstrando o alinhamento do ordenamento jurídico pátrio com esse momento metodológico.

O processo, como instrumento por meio do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela dos direitos, deve ser visto sob vários ângulos, todos indispensáveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo. Analisar tais critérios é uma garantia de legitimação da atuação dos operadores do Direito, permitindo o controle do alcance ou não dos fins objetivados.

A prestação jurisdicional, realizada por magistrados, deve ser entregue para concretizar o justo por meio de uma equilibrada hermenêutica dos termos legais, com a consciência de que qualquer aplicação do direito deve ser fundamentada na Constituição Federal e no Estado Democrático de Direito, sendo esse exame informado pelo procedimento diante dos direitos fundamentais.

Portanto, deixou de ser o processo um instrumento voltado à atuação da lei para ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, à medida que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado a um caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.

Nos mencionados direitos, têm especial relevância os princípios constitucionais, pois muitos dos direitos fundamentais estão expressos nos referidos princípios ou deles decorrem, de modo que têm os princípios constitucionais processuais dupla configuração, isto é, garantem o acesso à Justiça e ao processo.

O princípio do devido processo legal é considerado por grande parte da doutrina como o princípio matriz, que representa os demais indicados pela própria Carta Magna. Considera-se nele inserido o direito ao procedimento adequado, ou seja, aquele conduzido sob o pálio do contraditório, perto da realidade social e apropriado à relação de direito material controvertida.

O direito a um sistema de regras e princípios que congregue eficiência e garantia não representa direito a um procedimento certo e determinado, com todos os seus atos e fases, com sequência predeterminada, porém o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo legal.

A palavra *paradigma* quer dizer modelo, padrão. De acordo com o Fernandes:

No Direito, tem sido usada como expressão do 'concerto científico' sobre 'teorias, modelos, métodos de compreensão do mundo'. Aqui, usa-se a expressão *paradigmas procedimentais* para representar algumas diretrizes extraídas de princípios constitucionais e que devem ser levadas em conta pelo legislador na criação de procedimentos processuais penais. (FERNANDES, 2005, p. 44)

Do princípio da imparcialidade deriva a regra de que quem julga não pode assumir as funções de acusação e de defesa. Em face dessa regra ou paradigma, não se devem construir regras procedimentais que autorizem o juiz a propor uma ação ou a decidir além do que foi pedido.

Ainda com relação ao princípio acusatório, tem-se como outro paradigma que a ação penal deve ser exercida por pessoa distinta do juiz, e a quem incumbe delimitar o âmbito da acusação e provar a sua imputação. De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, a acusação pública é atribuída ao Ministério Público, admitido o exercício somente da acusação subsidiária do ofendido, nos termos do que dispõe o artigo 5º, LIX, da mesma Carta Política. Não se exclui a possibilidade de iniciativa exclusiva do ofendido para crimes em que

interesses relevantes conduzam à sujeição, à representação ou ao oferecimento de queixa-crime. Na montagem de procedimentos, deve haver fases e atos que permitam ao autor demonstrar a sua imputação.

É muito importante, no Direito Processual Penal, o princípio da ampla defesa, do qual deriva uma regra ou paradigma de que não se pode condenar uma pessoa sem que, antes, ela possa exercer a sua defesa sendo necessária a criação de procedimentos com fases e atos que permitam ao acusado impedir o seguimento de processos em caso de acusações infundadas, responder à acusação, dentre outras coisas.

Há uma regra que, derivando dos princípios da igualdade e do contraditório, exige que as normas procedimentais garantam às partes tratamento isonômico e lhe assegurem a ciência dos atos da parte contrária e a oportunidade de contrariá-los. O primeiro liga-se ao princípio do *favor rei*, o qual favorece o acusado, tendo em vista a posição privilegiada do Ministério Público. O contraditório assegura que a defesa deve ser posta sempre em condições de reagir à acusação e que atue após ela.

Deve haver um ato inicial que consubstancie a acusação oferecida por um sujeito distinto do magistrado, delimitando o fato que constitui o objeto do processo e do julgamento. Depois, deve haver a atuação do juiz imparcial e a participação das partes deve ser contraditória e igualitária, necessitando a defesa de meios eficazes para reagir à acusação e aos atos praticados pelo órgão acusatório. Ainda deve-se considerar que o processo só deve ser julgado depois da produção de prova pelas partes e depois que essas tenham se manifestado sobre a prova realizada.

3.6 - A reforma do Poder Judiciário

Promulgada a Constituição de 1988, conferiu-se ao Poder Judiciário autonomia institucional, até então desconhecida nas anteriores Constituições, porém já existindo no Direito Comparado, além das autonomias administrativa e financeira e da autonomia funcional dos magistrados.

Diante disso, o princípio da proteção judicial efetiva passou a configurar o ponto mais importante do sistema de proteção de direitos, orientando esforços na

procura de uma ampliação do acesso ao Poder Judiciário pelos setores menos favorecidos da sociedade.

Diante da reformulação de quadros do Poder Judiciário no brasileiro, com grandes avanços quanto à racionalização de procedimentos, não se há de descuidar do contínuo esforço em vencer a demora atribuída à Justiça, sem que, para isso, exista qualquer prejuízo às garantias constitucionais dos cidadãos.

A Reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe importantes mudanças no âmbito do sistema judiciário brasileiro, mudanças voltadas aos objetivos do aumento da transparência e eficiência desse Poder e com capacidade de fomentar a realização do princípio da segurança jurídica em maior grau. Entre as inovações trazidas pela referida Emenda pode-se mencionar a criação do Conselho Nacional de Justiça, do instituto da súmula vinculante e do requisito de repercussão geral dos recursos extraordinários.

Para se concretizar o princípio da proteção judicial efetiva, deve haver uma Justiça rápida e eficiente. A proteção judicial efetiva é aquela prestada de maneira adequada e efetiva em um tempo razoável, estando essa concepção implícita na própria ideia de acesso à Justiça, tornando-se explícita pela inclusão do inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição, feita pela já referida Emenda Constitucional nº 45, que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não se admitem processos excessivamente longos, em que a prestação jurisdicional demora anos para acontecer e, quando acontece, de nada mais vale ao jurisdicionado, que, por vezes, até mesmo já faleceu diante da demora.

Ao se buscar esse objetivo, deve haver o aperfeiçoamento do serviço público para prestação da justiça, o qual passa a buscar a melhoria da gestão administrativa com a diminuição de custos e o aumento da eficácia dos recursos. Nesse contexto, uma das inovações mais importantes, como referido, foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle do Poder Judiciário e composto por representantes da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia e da sociedade civil, encarregado de realizar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça não foi idealizado para satisfazer anseios da magistratura por maior autonomia e independência, nem para impedir a interferência de outros Poderes no Poder Judiciário, mas para integrar e coordenar os diversos órgãos jurisdicionais do País por intermédio de um organismo central, com atribuições para controlar e fiscalizar.

Como a autonomia e a independência do Poder Judiciário já são asseguradas desde a entrada em vigor da atual Constituição, a instituição do Conselho Nacional de Justiça teve por fim a adoção de mecanismos de controle da eficiência da atividade administrativa dos órgãos jurisdicionais. É o Conselho um órgão de coordenação e planejamento das atividades administrativas do Poder Judiciário mais do que um órgão disciplinador.

A função do Conselho Nacional de Justiça é a de responder aos desafios de modernidade e às deficiências que vêm de visões e práticas fragmentárias da administração do Poder Judiciário. Sua atividade, como órgão de coordenação e planejamento administrativo, é importante para o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro e a concretização do ideal de uma Justiça rápida e eficiente, pressupostos necessários à realização do princípio da segurança jurídica. Sua missão é realizar a política e a estratégia do Poder Judiciário como um instrumento essencial para aumentar a eficiência da Justiça brasileira, o que traz maior segurança jurídica ao reduzir a demora do processo.

Como se está se referindo às inovações trazidas com a Reforma do Poder Judiciário, que, aliás, já é uma realidade diante do tempo decorrido, deve-se citar a autorização dada ao Supremo Tribunal Federal para a edição da súmula vinculante. Tem ela o poder de vincular os órgãos judiciais e os da Administração Pública, criando a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo Tribunal Federal. Veio preencher a função de estabilização de expectativas e de desafogamento do Poder Judiciário.

A obrigatoriedade de respeito às decisões sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal por todos os tribunais e pelos órgãos da Administração Pública desestimula a judicialização de conflitos referentes a temas sumulados, tendo a decisão final um grau máximo de certeza.

De acordo com a Constituição, a súmula vinculante será aprovada por maioria de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal, tendo incidência sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal, cujo objetivo é superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas que possam gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Abrange questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou dessas em face de normas infraconstitucionais.

Para a edição desse tipo de súmula, é necessária a preexistência de diversas decisões sobre matéria constitucional, exigindo-se que referida matéria tenha sido objeto de debate no Supremo Tribunal Federal e que se obtenha a maturação da questão controvertida por meio da sedimentação de decisões.

Os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade poderão requerer aprovação, revisão e cancelamento de súmula. Ressalte-se que, quanto à relação entre a súmula vinculante e o princípio da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes da súmula ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento.

Ademais, para a eficácia da súmula vinculante, há previsão de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, além de recursos ou outros meios de impugnação, contra decisão judicial ou ato administrativo que a contrarie, negue-lhe vigência ou a aplique indevidamente. A reclamação contra atos judiciais contrários à súmula vinculante é largamente praticada. Procedente a reclamação, poderá o Tribunal ou a Turma avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência ou ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto, cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou, ainda, determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Como referido no primeiro capítulo, com relação à segurança jurídica no instituto da súmula vinculante, existe uma relação entre a sua edição e o grau de segurança relativo à matéria sumulada bem como se assegura o princípio da segurança jurídica pela própria forma do instituto, uma vez que a sua edição

pressupõe a existência de várias decisões sobre um determinado tema, ao exigir quórum qualificado, ao prever um procedimento rígido para a sua revisão e ao estabelecer mecanismos rápidos e eficientes para a sua efetivação.

Ainda quanto à reforma do Poder Judiciário, mudanças houve no instituto do recurso extraordinário, sendo sua admissão feita de acordo com a repercussão geral da questão constitucional nele versada.

De acordo com a inovação normativa, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Será presumida tal repercussão sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal. Se o Tribunal negar a existência de dita repercussão, a decisão irá valer para todos os recursos sobre a mesma matéria, os quais serão indeferidos de plano.

Para evitar o grande número de processos que chega à Corte Suprema, os tribunais poderão selecionar um ou mais recursos que representem a controvérsia e remetê-los a ela, sobrestando os outros. Se for negada a existência de repercussão geral, os recursos que foram sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos, mas, se for declarada a existência da repercussão geral e julgado o mérito do recurso extraordinário, aqueles recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais de origem, os quais poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Para a redução do número de processos que chegam à Suprema Corte e para limitar o objeto dos julgamentos a questões constitucionais objetivas, a exigência da repercussão geral no recurso extraordinário abre perspectivas para a jurisdição constitucional no Brasil, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal assume o papel de Tribunal Constitucional.

O instituto da repercussão geral tem dois objetivos, quais sejam: buscar assegurar que ações sobre questões constitucionais incidentais, que, por sua irrelevância não deveriam ser analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, efetivamente não sejam admitidas nesse tribunal e cheguem a um fim mais rápido; e propiciar o desafogamento do Tribunal das questões que são levadas a ele sem

importância, permitindo que haja julgamento mais rápido de hipóteses sobre as quais deva manifestar-se. Portanto, verifica-se os benefícios desse instituto para a rapidez e efetividade da Justiça.

As inovações da reforma realizada têm por objetivo realizar a promessa de um Poder Judiciário célere e efetivo. Três aspectos demonstram o fortalecimento do princípio de proteção judicial efetiva em face dessas inovações, ou seja, a modernização da administração judicial; o respeito aos precedentes firmados de maneira vinculante pela Suprema Corte por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública; a garantia de que vários processos que chegariam inutilmente ao Supremo Tribunal Federal tenham decisão definitiva antes disso.

Um Poder Judiciário mais rápido e eficiente é não somente um fim a ser alcançado pelo preceito constitucional de efetividade da Justiça, como, também, um pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil.

A concretude da reforma pode ser verificada servindo-se do último relatório “Justiça em Números” disponível no *site* do Conselho Nacional de Justiça, no qual observa-se que a existência de um Estado democrático comprometido com a efetividade dos direitos e garantias sociais constitucionalmente abrigados depende, na maior parte das vezes, da eficiência da máquina judiciária. A publicação desse relatório, desde 2004, consolidou a importância de se colher e analisar os dados estatísticos sobre o Poder Judiciário, em sintonia com a prática adotada nas democracias mais avançadas do mundo.

A Emenda Constitucional nº 19/1982 incluiu o princípio da eficiência entre aqueles mencionados como de observância obrigatória no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por ocasião da instalação do Conselho Nacional de Justiça, tornou-se importante conhecer com mais precisão a realidade do Poder Judiciário brasileiro a fim de se buscar soluções para enfrentar seus problemas.

Com a reforma do Poder Judiciário, realizada pela Emenda Constitucional nº 45, e de acordo com os comandos introduzidos pelo art. 103-B, § 4º, da Constituição, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Sistema de Estatísticas do

Poder Judiciário (SIESPJ) por intermédio da Resolução nº 4/2005. Diante disso, o uso de estatísticas para orientação de políticas públicas e planejamento estratégico no Poder Judiciário brasileiro ganhou inegável impulso a partir dessa regulamentação, pois os indicadores estatísticos contidos no referido relatório tornaram-se obrigatórios para os órgãos do sistema judiciário nacional.

O Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou em seu art. *Organização do Poder Judiciário*:

Nesse sentido, destaca-se a importância do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e do relatório “Justiça em Números”, organizado por este órgão, capaz de fornecer e sistematizar dados que permitem o melhor conhecimento do funcionamento da Justiça pelos próprios órgãos do Poder Judiciário, pelas instituições do Estado e pela sociedade civil.

Ressalte-se que, segundo os dados desse relatório, durante o ano de 2008 tramitaram na justiça brasileira 70 milhões de processos, sendo 57 milhões (81%) na Justiça Estadual, 6,9 milhões (9%) na Justiça do Trabalho e 6 milhões (8%) na Justiça Federal, evidenciando o alto grau de litigiosidade da sociedade brasileira.

Pesquisas desse tipo são essenciais para guiar a atuação do Conselho Nacional de Justiça e de todos os outros órgãos responsáveis pela organização do Poder Judiciário brasileiro. De tal forma, os indicadores de litigiosidade analisados no relatório “Justiça em Números” de 2008 demonstraram que, na Justiça Federal e dos Estados, o foco de morosidade está concentrado no primeiro grau e nos juizados especiais, detentores das maiores cargas de trabalho e das mais altas taxas de congestionamento, a revelar a necessidade de uma atenção especial dos tribunais a estes segmentos. (MENDES, 2002, p. 6)

CONCLUSÃO

O princípio do devido processo legal é considerado por grande parte da doutrina como o princípio-matriz, que representa os demais, implícitos ou explícitos, inseridos na Constituição. Encontra-se nele inserido o direito ao procedimento adequado, ou seja, aquele conduzido sob o pálio do contraditório, dentro da realidade social e apropriado à relação de direito material controvertida.

O devido processo legal, em sua acepção formal, impõe a obediência estrita às normas processuais, para que o processo penal dê iguais oportunidades às partes, com a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, isto é, o contraditório; juiz natural; publicidade e motivação dos atos; além da presunção de inocência; a suficiência da identificação civil; a simetria entre a imputação e a condenação; a proibição das provas ilícitas; o dever do defensor dativo recorrer; a presença do réu preso aos atos instrutórios e a rapidez nas decisões. Como consequência do devido processo legal, encontra-se a ampla defesa, o contraditório e todos os demais princípios constitucionais que integram sua órbita.

O termo *devido processo legal* refere-se a um conjunto de princípios que devem ser observados nas práticas processuais rotineiras em que se garanta a possibilidade de participação das partes em igualdade de condições, respondendo às demandas e garantias do Estado Democrático de Direito em que devem litigar sem qualquer subordinação entre si ou entre elas e o juiz.

A garantia do devido processo legal, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, orienta a conveniência das custódias corporais cautelares, devendo a manutenção das prisões cautelares só existir no limite exato desse princípio. Tudo o que exceder a essa medida é inconstitucional e deve ser rejeitado pelos tribunais.

A proporcionalidade, princípio geral do Direito, indica a harmonia e a regulação de um sistema, abrangendo, no Direito Penal, o campo das penas. De acordo com o princípio da humanidade, a Constituição Federal indica que penas são permitidas para aplicação ao autor de uma infração penal, no mesmo contexto do princípio da individualização das penas, sendo admissíveis as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e a pena de multa. Deve-se preservar a harmonia

entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas, além de fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime. Pode-se dizer que é desumana uma sanção penal quando aplicada em nítida desproporção entre o fato e o dano gerado.

O princípio da proporcionalidade é composto dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como diretriz a orientar a conduta do legislador quando estejam em jogo limitações a direitos fundamentais, a adequação traz a exigência de que os meios adotados sejam pertinentes para se atingir os fins desejados. Quanto à necessidade, a medida restritiva deve ser indispensável para conservar o próprio ou outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. De acordo com a proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se igual distribuição de ônus.

O princípio da proporcionalidade originou-se para racionalizar soluções de problemas jurídicos, o que foi absorvido pela ponderação e pela concordância prática. A concordância prática nasceu como princípio de interpretação constitucional, enquanto a ponderação admite a possibilidade de estabelecer uma “dimensão de pesos” para solucionar o conflito de princípios, deixando prevalecer princípio de maior peso sobre valores menos relevantes. A concordância prática e a ponderação são derivações do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois servem para solução de conflitos de bens constitucionais, diante de possibilidades jurídicas. Diante do conflito de normas constitucionais, primeiro aplica-se a harmonização, e, não sendo possível a solução, é que se justifica a precedência de uma norma sobre outra de menor peso pela ponderação.

A efetividade deriva do direito constitucional de ação e do devido processo legal, porque, quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Poder Judiciário, preceitua também o modo para que a jurisdição seja retirada de sua inércia. A preocupação é com relação à duração do processo. No início do século passado, a lentidão dos processos era a regra e atribuía-se a responsabilidade ao formalismo judicial. Nos dias atuais, deixado de lado esse

formalismo, já não é possível conformar-se com essa demora, sendo a celeridade um dos mais importantes imperativos da Justiça.

No processo penal brasileiro, existe um longo caminho a se percorrer na direção da mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. Deve-se recorrer ao Poder Judiciário para solucionar conflitos que não poderiam ser resolvidos de outra maneira, como em uma arbitragem, dentre outras, devendo o Direito Penal, em especial, ser usado como *ultima ratio* para resolução de questões levadas ao Poder Judiciário.

Embora o acesso à tutela judicial venha sendo aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de efetividade é ainda vago e relativo. O acesso à Justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve compreender também uma proteção juridicamente eficaz e adequada.

O processo judicial deve ser capaz de entregar a tutela jurisdicional em um prazo razoável para que seja alcançado um dos fins mais importantes da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana. Existem regras na Carta Magna que se referem à organização da Justiça, que determinam as garantias indispensáveis aos direitos individuais e coletivos e que orientam o processo, com a consagração do direito à jurisdição.

A garantia da duração razoável do processo encontra-se ínsita no devido processo legal. Um processo extremamente rápido, mas sem qualquer segurança, é tão inadequado quanto um processo extremamente seguro, mas excessivamente lento. Deve haver a garantia de um processo tão rápido quanto possível, que estabeleça a maior segurança que se possa obter por meio dos provimentos jurisdicionais.

O processo é uma relação jurídica que depende da vontade da pessoa. Para solução do problema da demora na solução dos litígios, o princípio da proteção judicial efetiva passou a configurar o ponto mais importante do sistema de proteção de direitos, orientando esforços na procura de uma ampliação do acesso ao Poder Judiciário pelos setores menos favorecidos da sociedade. Ocorre que não é isso que se presencia quando o acúmulo de demandas torna-se um obstáculo para a atuação

do magistrado, aliado ao sistema processual atual, que determina ao julgador que ele deve restar inerte, incumbindo ao órgão acusador propor a demanda, refletindo em um sistema acusatório lento, que funciona como condicionante estrutural, e o acúmulo de processos como condicionante circunstancial.

Para se concretizar esse princípio, deve haver uma Justiça célere e eficiente. A proteção judicial efetiva é aquela prestada de maneira adequada e em um tempo razoável, sendo essa concepção implícita na própria ideia de acesso à Justiça, que se tornou explícita pela inclusão do inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição, feita pela já referida Emenda Constitucional nº 45.

Um Poder Judiciário mais rápido e eficiente é não apenas um fim a ser alcançado pelo preceito constitucional de efetividade da Justiça, como também um pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil, sem se falar na melhoria da credibilidade do sistema perante a opinião pública, que atualmente se encontra deveras prejudicada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

AVILA, H. Bergmann. O que é devido processo legal ?. In: Fredie Didier Jr. (Org.). *Teoria do Processo Panorama Doutrinário Mundial*. v. 2. Salvador : [s.n], 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. v. 2. São Paulo: Jus podium, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. A magna carta de 1.215. *Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia: homenagem ao professor Nelson Sampaio*, Salvador, v. 2, n. 15, 2007. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista15.pdf>>.

BRAGA, Paula Sarno. As origens do devido processo legal. *Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia: homenagem ao*

professor Nelson Sampaio, Salvador, v. 2, n. 15, 2007. Disponível em:
<<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista15.pdf>>.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 dez. 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>

BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 10 jun. 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>.

_____. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>.

_____. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus nº 89.654/MG – 2007/0205616-6*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma. Brasília, DF, 17 fev. 2009

_____. *AgRg no REsp nº 1168078/RS - 2009/0225106-4*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Brasília, DF, 20 set. 2011. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21075427/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1171559-rs-2009-0237226-5-stj/inteiro-teor-21075428>>.

_____. *AgRg no REsp nº 1171559/RS - 2009/0237226-5*. 6ª Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 20 set. 2011. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21075427/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1171559-rs-2009-0237226-5-stj/inteiro-teor-21075428>>.

_____. *Habeas Corpus nº 142.045/PR*. Relator: Ministro Celso Limongi, Relator. p/ Acórdão: Ministro Nilson Naves. 6 Turma. Brasília, DF, 15 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus 102433/PR*. Relatora. orig.: Ministra Ellen Gracie, Redator p/ o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm>>.

_____. *Informativo 656*, de 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm>>.

_____. *Recurso Extraordinário 443388/SP*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 2 Turma. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399131/recurso-extraordinario-re-443388-sp>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección de los Derechos Humanos antes los Tribunales Ordinários*. Madri: Montecorvo, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil do depositário infiel (fim): decisão histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 36-38, jan./fev. 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito penal: comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Clex, 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988: doutrina e jurisprudência. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, v. 23, n. 68, p. 33-41, 1997.

MARQUES, Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11, 18

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In BARROS, Silvana de Toledo. *Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. *Organização do Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>.

_____. *Organização do poder judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das Leis, 1747*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA JURÍDICA: Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 57, n. 382, ago. 2009.

REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, Porto Alegre, v. 5, n. 28, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general: Tomo I: fundamentos. la estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalid y derechos fundamentales em el processo penal*. Madrid: Clex, 1990.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo penal*. v. 1. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 225

_____. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 4.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, 1991.