

Mandado de segurança em matéria criminal: a necessária revisão da leitura liberal-individualista do princípio da proporcionalidade

SANDRO LOUREIRO MARONES

Promotor de Justiça e Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Resumo: O estudo aborda a questão da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, sob os pressupostos do Estado Democrático de Direito. Partindo de uma base pragmático-processual, analisa-se o mandado de segurança em matéria criminal, sob o viés específico da interpretação jurisprudencial da legitimidade do Ministério Público para interpor mandado de segurança visando atribuir efeito suspensivo a recurso desprovido do mesmo, especialmente em sede de execução penal e concessão de liberdades indevidas no âmbito do processo de conhecimento. A análise da jurisprudência pertinente ao tema revela que os Tribunais brasileiros aplicam o princípio da proporcionalidade sob um viés unilateral, com sentido apenas de *proibição de excesso*. Esta interpretação deriva de uma concepção baseada em uma perspectiva garantista, em que o garantismo é visto apenas como proteção do cidadão contra os abusos do Estado. Ocorre que, ante a realidade atual, caracterizada pela complexidade e pelo risco, esta visão unilateral do garantismo não é capaz de oferecer respostas adequadas à necessidade de segurança, alçada hoje ao *status* de direito fundamental, em nível de igualdade com o direito à liberdade, invocado como *ratio essendi* do garantismo convencional, de viés negativo. Com base nos postulados do constitucionalismo contemporâneo, propugna-se a necessidade de revisão da perspectiva unilateral de aplicação do princípio da proporcionalidade, contemplando, além do viés protetivo dos direitos individuais, outro, voltado aos direitos coletivos, destacadamente o direito à segurança. Com efeito, além da proibição de excesso, cerne das idéias garantistas clássicas, o Estado Democrático de Direito também se encontra submetido à proibição de deficiência, consistente na obrigatoriedade de ofertar ao cidadão aqueles direitos prestacionais contidos na idéia de *Welfare State*. Da aplicação equilibrada do princípio da proporcionalidade sob este duplo viés depende o equacionamento das graves questões colocadas às políticas de segurança pública na atualidade.

Palavras-chave: Mandado de segurança; Princípio da proporcionalidade; Garantismo; Segurança; Proibição de deficiência.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgE – Agravo em Execução
DF – Direitos fundamentais
HC – *Habeas corpus*
MP – Ministério Público
MS – Mandado de Segurança
PP – Princípio da Proporcionalidade
RSE – Recurso em Sentido Estrito
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A realidade atual, caracterizada pela complexidade e velocidade crescentes, impõe às sociedades desafios cujo enfrentamento se faz cada vez mais difícil. Neste particular, o Brasil, infelizmente, não constitui exceção à regra.

País de desigualdades seculares (e, pior, crescentes), herdeiro de uma cultura jurídica formalista e positivista, nosso país não escapa à sina universal das sociedades contemporâneas, no que se refere à questão da segurança pública.

Assim, de par com o avanço das desigualdades sociais, crescem a violência e a criminalidade, tanto em volume como em sofisticação. Em resposta à escalada assim imposta, a sociedade organizada, através de suas instituições, tenta equacionar e solucionar os problemas exsurgentes dessa aflitiva realidade.

O direito penal, como parte do aparato institucional, tenta ofertar soluções aos problemas que lhe são afetos, na busca de desincumbir-se de seu papel de instrumento de pacificação social. Entretanto, no esforço assim empreendido, não consegue livrar-se dos condicionantes político-culturais que lhe emprestam a conformação.

Herdeiro de uma cultura individualista e formalista, voltada essencialmente à proteção dos interesses privados, o direito penal/processual penal vê-se atualmente às voltas com os desafios de uma sociedade tecnologizada que se complexifica incessantemente, em ritmo que torna virtualmente impossível às ciências sociais acompanhar.

Cresce assim o descompasso entre os desafios impostos pela sociedade pós-moderna e as soluções oferecidas pelo sistema jus-penal às demandas de

segurança da sociedade. Enquanto o direito penal ainda se baseia nas idéias clássicas do direito oitocentista, a delinquência se atualiza constantemente, movendo-se com invejável desenvoltura sobre o terreno fértil das tecnologias modernas.

Assim, enredado no próprio imobilismo, o sistema repressivo-penal, moldado e enrijecido na filosofia individualista/materialista que dominou o mundo até recentemente, vê-se incapaz de oferecer soluções às demandas da sociedade, acossada por questões que desbordam do esquema simplista da tríade vida-liberdade-patrimônio.

Os bens, direitos e interesses que movem a maior parte do mundo atual já não se apresentam emolduráveis no quadro individualista de um direito penal voltado à resolução de conflitos inter-individuais. Assim, em lugar da defesa da vida individual, surge a pugna pela sobrevivência da coletividade, ameaçada pela degradação ambiental, entre outros problemas macro relacionados.

O mesmo raciocínio se aplica a inúmeras outras questões que demandam soluções do direito repressivo-penal, a exemplo da bioética, dos direitos sociais, intelectuais, raciais, de gênero e tantos outros de caráter coletivo/difuso/transindividual.

No terreno pragmático, essa insuficiência/inadequação do direito penal/processual penal brasileiro para oferecer soluções adequadas às demandas sociais atuais encontra exemplo eloqüente na questão do mandado de segurança em matéria criminal.

O universo pragmático-teórico do direito penal/processual penal brasileiro, preso a concepções de índole liberal-individualista, não dá conta de solucionar as crescentes tensões entre dois direitos individuais, alçados à condição de direitos fundamentais pela via da expressa previsão constitucional, através da Constituição Federal de 1988.

Trata-se dos direitos à *liberdade* e à *segurança*, ambos previstos no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988.

A evolução do constitucionalismo pátrio, na esteira do resto do mundo, engendrou uma espécie de exacerbação da tendência protetiva do cidadão contra a ingerência estatal. Entretanto, ante a realidade atual, marcada pela coexistência de direitos de múltiplas gerações/dimensões, o velho esquema do direito penal/processual, voltado à resolução de conflitos interindividuais, não consegue dar respostas coerentes com a realidade. Mesmo lançando mão de aportes teóricos próprios da moderna teoria constitucional, não se faz apto a oferecer soluções viáveis a médio e longo prazo, em termos de pacificação/estabilização social.

Gize-se, também, que o Direito Processual da Elite – dos direitos privados e econômicos – modernizou-se, abarcando, inovando e admitindo soluções recursais e processuais tendentes a efetividade e agilidade da prestação

jurisdicional, tais como: a antecipação de tutela, a execução específica das obrigações, o agravo de instrumento diretamente no órgão recursal, dotado, inclusive, de efeito suspensivo, entre outros avanços, os quais, sem dúvida alguma, romperam com a dicotomia conhecimento X execução de Liebman.

O réu do processo penal, por sua vez, possui a ágil, econômica e célere Ação Constitucional de *Habeas Corpus*, enquanto a sociedade ainda se encontra presa aos atravancados, burocráticos, formalistas e demorados recursos de Agravo na Execução e Recurso em Sentido Estrito, os quais, invariavelmente, demoram meses para chegarem a presença do órgão revisor.

Nessa linha, o estudo aborda a temática, sob o viés específico da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, no âmbito processual penal, através da questão da legitimidade do Ministério Público para interpor mandado de segurança (MS) em matéria criminal, visando atribuir efeito suspensivo a recurso desprovido do mesmo.

Na primeira parte, aborda-se a questão do mandado de segurança em matéria criminal. Após breve introdução histórica, abordando a origem e evolução do MS, o estudo adentra à questão do cabimento do mandamus contra ato jurisdicional.

Como corolário disso, o estudo aborda a questão do MS em matéria criminal, culminando com a questão da legitimidade do Ministério Público para interpor o *mandamus* visando obter efeito suspensivo para recurso desprovido do mesmo, especificamente em sede de execução penal.

Na segunda parte, o estudo volta-se à questão da aplicação do princípio da proporcionalidade à questão antes referida. Assim, após breve excursus histórico e conceitual, explora-se a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais, tentando demonstrar que o referido princípio é desvirtuado pela visão garantista negativa/unilateral, baseada em uma concepção liberal-individualista de direito.

Por fim, na terceira parte do trabalho, tenta-se demonstrar a necessidade de adequar a aplicação do princípio da proporcionalidade, no tema em questão, aos moldes da realidade contemporânea, de forma a contemplar concomitantemente os direitos negativo e positivo, basicamente liberdade e segurança, de modo a evitar a progressão das tendências atuais no sentido da polarização da questão em políticas jus-criminais que, isoladamente, apresentam-se inaptas a oferecer ao soluções exigidas pela realidade contemporânea.

Na realização do estudo, utilizou-se o método hermenêutico, crítico e egexético, através de pesquisa bibliográfica, aliado à análise e interpretação críticas dos dados estudados, buscando a ampliação de conhecimentos pessoais a respeito do tema estudado, bem como a contribuição, ainda que modesta, ao avanço do mesmo.

1 – MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL: O VIÉS UNILATERAL DO GARANTISMO NEGATIVO

Desde os primórdios da civilização, a convivência social tem se baseado no estabelecimento de regras de conduta, voltadas à estabilização da vida societária. Nesse sentido, destaca Donegá (1998, p. 55) que

Não se pode deixar de admitir que a vida em sociedade exige que os comportamentos estejam adequados a certas normas – sociais, religiosas, culturais, jurídicas – que são postas para facilitar a boa convivência entre os homens, delimitando o espaço de cada ser.

Na mesma senda, Toledo (2003, p. 39) assevera que

não há sociedade sem essa estrutura objetiva, *não há sociedade sem normas*. A tarefa do Direito foi, então, a partir de um certo estágio da evolução social, explicitar, num corpo de razões organizadas em forma de demonstração, a racionalidade implícita depositada lentamente ao longo dos séculos pela prática das comunidades, em seus *costumes e instituições*, passando as ações humanas a ser regidas não mais por normas morais de conduta, mas por *leis codificadas*.

O Direito, surgido assim da evolução social, passa também por uma progressiva especialização, segundo os conteúdos normatizados. Surge, assim, entre outros, o ramo do Direito Penal, orientado para a definição das condutas socialmente caracterizadas como “criminosas” e aplicação dos castigos, em substituição à vingança privada, desestabilizadora da sociedade.

Analisando, sob um viés contratualista, a origem das penas e do *jus puniendi*, o clássico Beccaria (1971, p. 14-15) assinala que

Constituídas algumas sociedades, de pronto se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de viverem apenas em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de a manter tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e o encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.

Precisavam-se de meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito de despotismo, que logo voltou a imergir a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.

Na mesma linha, destaca o autor citado que

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

Para garantir à sociedade o gozo do direito de liberdade estabelecido por esta via contratual, atribuiu-se o direito de punir (*jus puniendi*) os infratores deste direito, inicialmente, ao soberano, e posteriormente ao Estado. A implementação do *jus puniendi* se dá através do Processo Penal, visando basicamente a prevenção e a repressão¹ aos delitos.

Este ramo do Direito, que nas palavras de Carnelutti (2002, p. 22) deveria ser a “mais alta experiência de civilização”, tem, ao mesmo tempo, em sua degeneração, “um dos sintomas mais graves da civilização em crise” (CARNELUTTI, 2002, p. 47).

O mestre italiano, aludindo aos efeitos nefastos do processo, que “por si mesmo é uma tortura” (CARNELUTTI, 2002, p. 47), assevera que

o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras [...]. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. (CARNELUTTI, 2002, p. 48).

Tem-se aí, claramente esboçada, uma questão que o constitucionalismo contemporâneo/pós-moderno desnuda em sua forma mais veemente: o conflito entre direitos fundamentais. Alçados ao *status* de direitos constitucionais (portanto, colocados no mesmo nível do ordenamento jurídico), tais direitos, quando contrapostos entre si, exigem solução que não se encontra nas regras hermenêuticas tradicionais, com seus critérios simplistas de anterioridade, hierarquia e especialidade, por exemplo.

Neste contexto de perplexidade engendrado pela realidade contemporânea, com suas multifacetárias/contraditórias realidades, destaca-se um conflito entre direitos fundamentais que significa um crucial desafio ao Estado Democrático de Direito, voltado essencialmente à promoção da dignidade da

¹ Embora a questão das funções da pena seja objeto de aceso debate doutrinário, preferiu-se citar apenas as funções mais comumente lembradas.

pessoa humana, com seus amplos contornos. Este desafio é endereçado especificamente ao Processo Penal, através da necessidade de harmonizar os direitos (aparentemente) contraditórios à liberdade e à segurança.

No Direito brasileiro, este desafio encontra um eloquente exemplo na questão referente à legitimidade do Ministério Público para interpor Mandado de Segurança em matéria criminal, visando conferir efeito suspensivo a recurso desprovido do mesmo.

1.1 – Mandado de segurança: origem e evolução

O Mandado de Segurança (MS) encontra sua origem histórica remota no Direito inglês antigo, assim como o *habeas corpus* (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 389).

A despeito disso, devido aos seus caracteres específicos, o MS pode ser considerado um instituto genuinamente brasileiro, “*sem exata correspondência no direito estrangeiro*” (MEDINA, 2004, p. 156).² Bem por isso, Castillo, *apud* Medina (2004, p. 156) define o MS como um “*tema ciento por ciento brasileño, acaso, entre los de índole jurídica, el más brasileño de todos*”.

O MS foi introduzido na ordem jurídica brasileira com a Constituição Federal de 1934 (art. 113). Entretanto, não resultou da simples imaginação criadora do constituinte nem representou um rasgo de inovação que se houvesse manifestado durante a elaboração da segunda Carta republicana. Surgiu, ao revés, como fruto de uma longa evolução jurisprudencial, de acurados estudos e intensos debates. (MEDINA, 2004, p. 157)

No início do século XX, “*a necessidade de um instrumento rápido e eficaz para a tutela de determinados direitos do indivíduo em face do Estado, há muito era sentida*” (MEDINA, 2004, p. 157). Em face disso, o *habeas corpus* foi sendo paulatinamente admitido como sucedâneo de uma ação civil de índole sumária contra atos da administração pública,³ sendo usado com frequência crescente na época para proteger a liberdade de locomoção com vistas ao exercício de um direito que dela dependesse. Com isso, foi sendo consolidada a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Com a reforma constitucional de 1926, foi modificado o dispositivo pertinente ao *habeas corpus*, restringindo expressamente seu cabimento aos

² Embora seja comparado com o “*juicio de amparo*” mexicano, o MS não tem a mesma natureza, já que o primeiro, diferentemente do MS, possui tríplice objetivo: ação de inconstitucionalidade, recurso de cassação e garantia de direitos fundamentais.

³ Trata-se da Ação Anulatória de Atos da Administração, regulada pela Lei n. 221, de 20/11/1894.

casos de defesa da *liberdade de locomoção*, com o que restou estancado o desenvolvimento da referida doutrina.

Entretanto, a essência dessa relevante criação pretoriana foi acolhida pelo legislador constituinte de 1934, dando origem ao MS, “tão importante para o Brasil quanto a teoria do *détournement de pouvoir* para o direito francês ou a doutrina do *due process of law* para o direito americano” (MEDINA, 2004, p. 160).

Desde a sua introdução na ordem jurídica nacional, o MS sempre gozou de *status* constitucional, exceto no período regido pela Carta de 1937 (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 390).⁴

Sua disciplina legislativa básica, no ordenamento jurídico brasileiro, foi estabelecida na Lei nº 1.533/51, com as alterações posteriores.

A Lei 1.533/51, em seu art. 1º, estabelece os contornos do MS, preceituando que

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Já a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. LXIX, redefine os contornos conferidos ao MS, estatuidando que

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder público.

A contraposição dos dispositivos não revela, propriamente, distinção no que diz com os elementos constitutivos do instituto. Entretanto, cabe destacar algumas diferenças que, combinadas, resultaram no alargamento do instituto. Destarte, o legislador ordinário contemplou “no texto a regular não só a aplicação do instituto para a hipótese materializada de lesão ao direito individual, como igualmente, aquela lesão que está na iminência de ocorrer” (AMARAL, 2005, p. 18). Na mesma linha extensiva, o legislador ordinário estendeu o alcance da expressão *autoridade*, de modo a abranger qualquer categoria, em qualquer grau.

O texto constitucional, por sua vez, ampliou o alcance da legitimação passiva do MS, entendendo como autoridade coatora também o agente ou funcionário em exercício eventual de função ou cargo público em nome de pessoa jurídica de direito público.

⁴ A despeito disso, o *writ* continuou sendo aplicado, através do Decreto-lei n. 06/37, que estabelecia sua vigência, nos termos da Lei 191/36, exceto quanto aos atos do Presidente, ministros, governadores e interventores.

Outra importante inovação introduzida pela Constituição de 1988 foi a ampliação da legitimidade ativa do instituto, prevendo o MS coletivo (art. 5º, inc. LXX). Este constitui “uma versão especial do *writ* brasileiro, destinada à proteção de direitos líquidos e certos comuns a um grupo social determinado ou, conforme o caso, a uma comunidade, no interesse dos quais a legitimação ativa é ampliada (MEDINA, 2004, p. 178).

Percebe-se, assim, que o MS seguiu uma trajetória expansiva, no sentido do atendimento crescente da necessidade de amparo aos direitos do cidadão, no marco do Estado Democrático de Direito.

1.2 – Conteúdo, natureza e aplicação do mandado de segurança

Na precisa lição de Meirelles (1997, p. 03), o MS é

O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria e sejam quais forem as funções que exerça.

O MS é, assim, uma “*garantia constitucional*, de natureza formal, destinada à tutela de direitos públicos subjetivos que, do ponto de vista da natureza dos fatos de que emanem, revistam-se de liquidez e certeza” (MORAES, 2005, p. 153). Conforme destaca Nunes (1967, p. 54), “garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo”.

Trata-se, entretanto, “de ação especial, que serve de instrumento de tutela a direitos individuais ou coletivos (Cons., art 5º, LXX)” (MEDINA, 2004, p. 153). Cabe ressaltar ainda que

o mandado de segurança protege os direitos públicos subjetivos das três ordens – os direitos políticos, os direitos individuais e os direitos sociais, e também os direitos coletivos -, em relação a ambas as espécies de prestações que eles implicam – as prestações positivas e as prestações negativas.

O MS, apesar de previsto na Lei n. 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), encontra seu delineamento/fundamento básico na Constituição Federal de 1988. Com efeito, a Carta de 1988, em seu art. 5º, inc. LXIX, estabelece o seguinte:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela

ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Como se pode perceber aí, o campo de abrangência do MS é determinado por exclusão: incide nos casos em que não se fazem presentes os requisitos do *habeas corpus* e do *habeas data*.

Esse caráter residual, especificamente em relação ao *habeas corpus*, demanda uma reflexão “sobre o cabimento de um ou outro remédio constitucional no campo do processo penal” (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 391). Com efeito, nos casos de ameaça ou consumação de prisão, o remédio adequado será o *habeas corpus*. Por outro lado, quando não caracterizada a ameaça, mesmo que indiretamente, cabe o MS, mesmo em matéria penal. Com efeito, conforme destaca Moraes (2005, p. 137) “a natureza civil não se altera, nem tampouco impede o ajuizamento de mandado de segurança em matéria criminal, inclusive contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal”.

Outrossim, cumpre referir que a impetrabilidade do *Writ* na esfera penal, especialmente naqueles casos em que se busca a eficácia suspensiva a recurso, não dispensa o manejo do competente recurso processual, visto que em tais hipóteses, a decisão concessiva do mandado de segurança não dispõe de autonomia suficiente que faça subsistir a impugnação recursal, a qual deverá ter sido validamente deduzida.

Esta aplicação do MS no campo penal, entretanto, constitui terreno movediço, marcado pelo dissenso doutrinário e jurisprudencial. A despeito disso, constitui tema da mais alta relevância no panorama jurídico-processual atual, devido às suas implicações no trato de uma das mais prementes questões da atualidade: o *direito fundamental à segurança*.

1.3 – Mandado de segurança em matéria criminal

Originariamente, o MS não se destinava à proteção contra atos judiciais. O instituto adquiriu esta potencialidade com a promulgação da Carta Magna de 1934, em decorrência da inclusão, no artigo 113, da expressão “contra atos de qualquer autoridade” (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 392).

Com isso, deu-se ensejo às primeiras tentativas de impetração do MS contra atos judiciais. Com a edição da Lei 191/36, foi reforçada a argumentação no sentido do cabimento do MS contra ato judicial, mas os tribunais resistiram à tese, sustentando a inadmissibilidade da aplicação.

A dúvida persistiu até o advento da Lei nº 1.533/51, que em seu art. 5º, II, dispôs que não cabe MS contra “despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”.

Com isto, mediante interpretação extensiva, chegou-se à conclusão no sentido de que a inexistência de recurso, expressamente prevista no texto, equivale à existência de recurso *sem efeito suspensivo*. Em face da dissidência doutrinária em torno da questão, o STF editou a Súmula nº 267, estabelecendo que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Ocorre que

no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais, cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. E a existência de recurso contra esse ato pode não ser suficiente para evitar o dano, quando a impugnação não tiver efeito suspensivo. Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado. (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 393).

Tem-se aí, precisamente, a situação ensejadora do presente estudo: no curso do processo ou da execução penal, freqüentemente, o Juízo concede liberdade provisória ou progressão de regime ao réu/apenado, na ausência dos pressupostos autorizadores previstos na legislação.

Em face disto, o Ministério Público, como órgão constitucionalmente incumbido da defesa dos interesses da sociedade (CF/88, art. 127, *caput*), vê-se obrigado a interpor Recurso em Sentido Estrito (RSE) ou Agravo em Execução (AgE), visando reformar a decisão. Ocorre que, ante a falta de previsão de efeito suspensivo para estes recursos, além do considerável tempo demandado para seu processamento (especialmente no caso do AgE), a sociedade corre o risco de ver-se ameaçada pelo delinquente indevidamente solto, em flagrante ofensa ao seu direito à segurança, alçado à condição de **direito fundamental** (CF/88, art. 5º, *caput*).

Ante a evidente relevância jurídico-social da questão assim colocada, chega-se à conclusão de que, “se o writ não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos jurisdicionais, as necessidades da vida judiciária acabaram levando-o a preencher essa finalidade” (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2000, p. 393).

A relevância da questão assim colocada é demonstrada, de forma eloqüente, na seguinte interrogação:

como resolver um caso em que decisão judicial, de forma indevida e ilegal, restabeleceu, *contra legem*, o livramento condicional de um condenado por roubo,

estupro e atentado violento ao pudor, flagrado, no período de prova, praticando novo assalto à mão armada? (STRECK, 2005, p. 10).

A resposta a esta questão, nos Tribunais (especialmente o Superior Tribunal de Justiça - STJ), tem sido complacente à violação deste direito fundamental por parte das autoridades judiciais. Como base das decisões denegatórias do *mandamus*, acena-se com a ilegitimidade do Ministério Público para “buscar – via mandado de segurança - a correção de atos judiciais que demandem urgência, em face de *periculum in mora pro societate*” (STRECK, 2005, p. 12).

Em amparo à tese apontada,⁵ tem-se invocado o Princípio da Proporcionalidade. Entretanto, este princípio hermenêutico tem sido aplicado sob um viés unilateral, “como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos (abusos do Estado) (*Übermassverbot*)” (STRECK, 2005, p. 16).

1.4 – Da legitimidade do Ministério Público para interpor mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo: a unilateralidade do garantismo negativo

No curso do processo, é comum a necessidade de interposição de recurso contra alguma decisão. Porém, a simples existência de recurso nem sempre é suficiente para evitar danos à parte interessada no seu manejo.

Com efeito, existem algumas situações para as quais, embora haja recurso específico previsto, o mesmo não é dotado de efeito suspensivo capaz de sustar/impedir os efeitos de ato/decisão do magistrado no processo, de caráter abusivo ou ilegal.

Ante a falta de previsão do referido efeito, surge a possibilidade de dano imediato ao direito da parte prejudicada por ato/decisão ilegal. Esta possibilidade de prejuízo a uma das partes constitui, justamente, o *periculum in mora*, vale dizer, a possibilidade de ocorrência de dano irreparável que, no caso concreto, só pode ser afastada com a suspensão do ato tido por ilegal, através da interposição do recurso próprio, então robustecido com o efeito em questão (AMARAL, 2005).

Embora seja mais comum no processo civil, tal possibilidade também ocorre no processo penal, especialmente em sede de execução penal. Nesse contexto, freqüentemente o magistrado age de forma ilegal/abusiva, concedendo benefício indevido ao condenado.

⁵ Os fundamentos desta posição podem ser identificados no HC nº 6.466/SP, julgado pelo STJ.

Ante essa situação, o Ministério Público, no exercício de seu mister de defensor dos interesses da sociedade, vê-se obrigado a manejar recurso contra a decisão abusiva/ilegal, visando evitar os riscos da concessão, ao condenado, de temerária liberdade. Entretanto, nos casos em que o recurso não é provido de efeito suspensivo (recurso em sentido estrito e agravo de execução, v. g.), o agente ministerial é obrigado a interpor, concomitantemente, mandado de segurança visando conferir ao recurso o referido efeito.

Nesse momento, o Ministério Público vê-se às voltas com a resistência doutrinária/jurisprudencial ao reconhecimento de seu direito à defesa da sociedade, exercido através da tentativa de evitar a exposição desta aos riscos da delinquência.

A questão que assim se coloca relaciona-se

diretamente com a proteção de direitos fundamentais de terceiros em face de atos abusivos dos agentes estatais, notadamente os juízes e tribunais na hipótese de concessão de liberdade ou outro direito à revelia do sistema processual-constitucional. (STRECK, 2005, p. 09)

Em tal contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e boa parte dos tribunais vêm sedimentando entendimento no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade ativa para interpor mandado de segurança em matéria criminal.

Tal entendimento baseia-se em uma concepção liberal-individualista do direito penal, fundada na secular (ainda que compreensível) desconfiança do cidadão em relação ao Estado e seu aparato legal-repressivo.

Essa concepção, entretanto, embora fundada no ideal de proteção aos direitos fundamentais do cidadão contra os possíveis abusos estatais, não encontra mais justificativa no contexto jurídico-político atual, emoldurado pelo Estado democrático do Direito, exurgente do constitucionalismo contemporâneo.

A análise da doutrina e da jurisprudência pertinentes à questão revela que a concepção liberal-individualista fundamenta-se no ideário garantista, que concede demasiada importância aos direitos individuais do cidadão (de índole negativa), em detrimento dos direitos coletivos/sociais/transindividuais, cujo peso avulta na sociedade de risco contemporânea.

O garantismo assim concebido, a despeito de seu intento protetivo, acaba por vulnerar a sociedade em seu conjunto. Com efeito, ao conceder demasiada importância ao aspecto individual do direito, desprezando o caráter solidário/orgânico dos interesses coletivos/transindividuais, o garantismo abre uma fenda na estrutura do direito, propiciando uma divisão radical (e, portanto,

artificial) entre os aspectos individual e coletivo. Vale aqui a advertência de Sarlet (2003, p. 16), no sentido de que

os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

A abordagem garantista assim engendrada ignora o fato de que o mandado de segurança, especialmente com os contornos definidos na Constituição de 1988, também se destina à proteção dos direitos coletivos/transindividuais. Prova disso é a introdução do *mandado de segurança coletivo*, justamente destinado à proteção de direitos/interesses de índole não exclusivamente individual. Outro indício claro da postura ampliativa da Carta em relação à questão é o novo papel atribuído ao Ministério Público, especialmente voltado à proteção/promoção dos interesses coletivos/transindividuais.

A resistência à aceitação da legitimidade do Ministério Público para interposição de MS em matéria criminal encontra um de seus principais fundamentos no princípio constitucional da proporcionalidade.

Entretanto, este princípio, ao contrário do que vislumbra o garantismo de viés unilateral negativo, não se restringe à proibição de excesso do Estado em seu relacionamento com o cidadão. Com efeito, o deslocamento da predominância dos conflitos do plano individual para o coletivo,

conduz, em termos de direito penal, a que seja cada vez mais reclamada uma intervenção do Estado não mais somente para garantir o exercício de direitos individuais cuja titularidade é de cada cidadão atomizado, mas, noutro sentido, exige-se a presença efetiva dos poderes públicos para limitar atuações individuais que afetam, impedem e danificam direito e interesses de grupos ou comunidades. (STRECK & COPETTI, 2003, p. 07)

Destarte, a invocação do princípio da proporcionalidade como fundamento da negativa de legitimidade ativa do Ministério Público para interpor MS em matéria criminal, ao contrário do que se pretende, não se coaduna com a verdadeira natureza do princípio.

Nesse sentido, pertinente transcrever as palavras do saudoso Professor Júlio Fabrine Mirabete:

Não concedeu a lei ao agravo em execução o efeito suspensivo sob o fundamento teórico de que, como regra geral, não haverá dano enquanto se aguarda a decisão do

recurso interposto pela parte. Entretanto, apesar da orientação geral de que, sendo o despacho atacável por meio de recurso próprio, incabível é o mandado de segurança, tem-se admitido que, presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, deva-se admitir o *mandamus* impetrado pelo agravante para dar efeito suspensivo ao agravo em execução. É necessário, porém, para que se conceda tal efeito que se comprove o dano potencial pela demora no julgamento do recurso. (MIRABETE, 2002, p. 762)

2 – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL

2.1 Princípio da proporcionalidade: origem e evolução

O princípio da proporcionalidade (PP) não é de origem recente. De fato, o PP “é, em rigor, antiqüíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo” (BONAVIDES, 2001, p. 362).

Surgido no Direito Administrativo de polícia prussiano, estendeu-se depois a todo o Direito Administrativo e, por fim, ao Direito Público em geral (STEINMETZ, 2001). Segundo Bonavides (2001, p. 370), as origens administrativas do princípio da proporcionalidade “remontam a fins do século XVIII, precisamente a Suarez”. Com efeito, numa conferência sobre o direito de polícia, esse célebre jurista formulou o princípio fundamental do direito público nos seguintes termos: “O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos” (BONAVIDES, 2001, p. 370).

Embora tenha sido aplicado ao processo penal já no final do século XIX, na Alemanha, o PP logrou desenvolver-se amplamente, fora do âmbito do Direito Administrativo, apenas no segundo pós-guerra, com base na jurisprudência e doutrina alemãs, que justificaram o princípio na Lei Fundamental Alemã, conferindo-lhe, assim, *status* de princípio constitucional.

A nova leitura assim atribuída ao PP incorporou-se paulatinamente à jurisprudência constitucional de vários países, culminando no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Na atualidade, o PP constitui “princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados democráticos de direito” (STEINMETZ, 2001, p. 147).

Em sua evolução histórica, o PP surgiu como técnica de controle e limitação do direito de polícia da Administração Pública, passando por um processo de desenvolvimento e expansão, terminando por afirmar-se como técnica de controle e limitação aos direitos fundamentais. Vale dizer: inicialmente endereçado ao Poder Executivo, atualmente vincula todos os Poderes Públicos.

No Direito Constitucional contemporâneo, o PP ocupa posição destacada, tendo-se tornado, “no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanentes e colisão, um princípio ou postulado de máxima importância, talvez o mais importante” (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Na mesma linha, Bonavides (2001, p. 359) destaca que

Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exerce na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais. A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Acrescenta o mesmo autor que, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade se refere principalmente ao “problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual” (BONAVIDES, 2001, p. 359).

2.2 Conteúdo e significado do princípio da proporcionalidade

O PP, em matéria de limitação de direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, em que o fim é o objetivo/finalidade perseguida com a limitação, ao passo que o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora, que visa possibilitar o alcance do fim buscado (STEINMETZ, 2001).

Conforme observação oportuna de Steinmetz (2001, p. 148),

o primeiro passo para a correta compreensão do princípio da proporcionalidade é a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados ou de princípios parciais, ou de subprincípios.

Assim, conforme destaca Guerra Filho (1998, p. 270) o PP “desdobra-se em três aspectos, a saber: proporcionalidade em sentido estrito, adequação

e exigibilidade”. Em uma ordem lógica de aplicação dos subprincípios, tem-se primeiro a análise da adequação,⁶ seguida pela verificação da exigibilidade e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, em primeiro lugar, o meio a ser adotado deve ser “adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado” (GUERRA FILHO, 1998, p. 270). Vale dizer, visando adequar o meio ao fim desejado, é necessário que a medida seja suscetível de possibilitar o atingimento do fim desejado. Na arguta observação de Bonavides (2001, p. 360),

esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade.

O segundo subprincípio a ser observado, por sua vez, diz com a *exigibilidade/necessidade* do meio, que deve ser o “mais suave” dentre os diversos disponíveis, vale dizer, aquele que menos agride os bens e valores constitucionalmente protegidos em colisão com aquele consagrado na norma interpretada.

Por fim, verifica-se que ocorre a *proporcionalidade em sentido estrito*

quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do ‘mínimo’ em que todos devem ser respeitados. (GUERRA FILHO, 1999, p. 270)

No que diz com esse aspecto, “a escolha recaí sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo” (BONAVIDES, 2001, p. 361).

Da análise dos elementos componentes do PP, é possível perceber que o princípio, a um só tempo, abrange “uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados” (BONAVIDES, 2001, p. 361).

Destarte, no caso da aplicação do PP aos casos de interposição de mandado de segurança em matéria criminal pelo Ministério Público, buscando conferir efeito suspensivo a recurso desprovido deste, para impedir o gozo de indevida/temerária liberdade ao delinqüente, o que se tem é a colisão de dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à liberdade do delinqüente e, de outro, o direito à segurança da sociedade.

⁶ Também se utiliza o termo “necessidade”.

A respeito da colisão entre princípios, Bottino (2005, p. 04) assevera que

As colisões entre princípios são superadas mediante a restrição parcial de um ou de ambos os princípios envolvidos, servindo a ponderação como um procedimento racional para resolver a colisão, fixando critérios para estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento de outro naquelas determinadas circunstâncias verificadas no caso concreto. A preocupação é preservar a segurança jurídica a partir do estabelecimento de um procedimento para a realização da ponderação.⁷

Nesses termos, a solução do caso concreto, à luz do PP, deve *privilegiar* um dos direitos, em detrimento do outro, *sem entretanto negá-lo*. Esta fórmula proposta pelo PP exige, pois, uma *abordagem equilibrada* da questão do conflito entre o direito individual à liberdade e o direito individual/transindividual⁸ à segurança. Vale dizer, na busca de solução para este que é, talvez, um dos maiores desafios colocados às sociedades contemporâneas, não há espaço para abordagens maniqueístas ou unilaterais, de caráter excludente.

Entretanto, é exatamente a predominância desta últimas tendências o que se percebe ao analisar-se a questão da aplicação do PP aos casos de manejo, pelo Ministério Público de mandado de segurança em matéria criminal, visando evitar o risco à segurança social representado pela concessão indevida de liberdade a delinquentes, especialmente aqueles de expressiva/notória periculosidade.⁹

⁷ O autor esclarece o seguinte: “Uma espécie de ponderação simples pode ser assim descrita: Ao buscar atingir um fim (F) para realizar um princípio (P1) verifica-se que ele colide com outro princípio (P2), devendo ser encontrado um resultado para a colisão. A constatação da colisão entre dois (ou mais) princípios é o que Alexy chama de possibilidades jurídicas para a ponderação. As possibilidades fáticas são enfrentadas utilizando-se a adequação e a necessidade. A adequação consiste na identificação de se o meio pleiteado serve à consecução desse (F) pretendido. Se forem identificados dois meios (M1 e M2) capazes de contribuir para que se alcance o fim (F) pretendido, mas também verificado que tais meios (M1 ou M2) afetarão outro princípio (P2), recorre-se à necessidade para identificar qual dos meios (M1 e M2) afeta em menor grau o princípio (P2) com o qual colidiu o primeiro princípio (P1), estabelecendo-se que o meio mais benigno (M1) é permitido enquanto o mais gravoso (M2) é proibido. Os exames de adequação e de necessidade precedem o da proporcionalidade em sentido estrito e são subsidiários. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito representa a obrigação de que a intervenção num direito fundamental seja precedida de uma demonstração de que as razões que a justificam sejam tão graves quanto mais intensa for a violação, ou seja, demonstrando a relação de proporcionalidade propriamente dita entre elas.

⁸ Impende destacar que, se de um lado o direito à segurança tem caráter individual, também se pode afirmar que é transindividual, já que é atribuível, ao mesmo tempo, a cada um e a todos os membros da sociedade.

⁹ Casos da espécie são estampados quase que diariamente nos noticiários do país, causando incredulidade e temor na população.

2.3 – A aplicação do Princípio da Proporcionalidade aos casos de mandado de segurança em matéria criminal

A aplicação do PP aos casos de MS em matéria criminal, quando analisada sob o viés do perfil acima delineado da proporcionalidade, revela a clara tendência de prevalência de uma visão liberal-individualista do direito penal, no Brasil.

Com efeito, a jurisprudência concernente à matéria citada revela que o PP é aplicado como se o direito individual/transindividual à segurança não estivesse no *mesmo nível hierárquico*¹⁰ do direito individual à liberdade, que lhe é o(im)posto na solução do caso concreto.

Nessa linha, Streck (2005, pp. 09-10), analisando a questão, observa que

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

Assim, a questão que se coloca é: decisões concessivas de liberdade provisória ou concessivas de progressão de regime carcerário, em flagrante contrariedade à lei processual-penal, ficam imunes (blindadas) à remédios de urgência para corrigi-las?¹¹

Colocando o problema de uma forma mais objetiva: como resolver um caso em que decisão judicial,¹² de forma indevida e ilegal, restabeleceu, *contra legem*, o livramento condicional de um condenado por roubo, estupro e atentado violento ao pudor, flagrado, no período de prova, praticando novo assalto à mão armada?

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

¹⁰ Com efeito, ambos os direitos encontram-se previstos no **mesmo dispositivo** - art. 5º, *caput* - da Constituição Federal de 1988.

¹¹ Curioso observar, aqui, que a opinião pela ilegitimidade do Ministério Público para interpor MS visando obter efeito suspensivo baseia-se na **inexistência de *periculum in mora pro societate na seara penal***. A respeito da questão, vale transcrever a opinião de Streck (2005, p. 12, no seguinte sentido: Afasto, de pronto, as críticas no sentido de que não há, em sede de direito penal, *periculum in mora* a favor da sociedade Não fosse por outras razões apontadas no presente texto, bastaria que se examinasse o art. 5º. Caput da Constituição do Brasil, que alça a segurança (da sociedade, portanto, das pessoas) ao status de direito fundamental. Ora, parece evidente a possibilidade da ocorrência de *periculum in mora pro societate* na hipótese, v.g., de evidente erro judicial na sultura de determinado indivíduo, considerado perigoso.

¹² Ver: MS em matéria Criminal n.º 70.008.316.606 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Criminal.

A análise do autor, a respeito da questão, é elucidativa:

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

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

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

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

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

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

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

Na mesma linha, considerando o MS instrumento voltado exclusivamente à proteção do direito individual à liberdade, tem-se o MS n. 70.014.927.966,¹³ donde se extrai o seguinte:

Portanto, o mandado de segurança é conferido **aos indivíduos** para que eles se defendam de atos ilegais e/ou praticados com abuso de poder, constituindo-se em legítimo **instrumento de asseguaração de liberdades** civil e política. (grifo nosso)

¹³ Interessante notar, aqui, que o aresto utiliza, como **fundamentação**, o **mesmo HC 6.466/SP do STJ**, analisado como paradigma pelo autor antes citado.

Como se pode perceber aí, o MS é encarado sob um viés unicamente protetivo do direito individual à liberdade, excluindo-se, paradoxalmente, o direito individual à segurança. O paradoxo reside no fato de que, apesar de evidentemente *igualados os dois direitos quanto à hierarquia*, já que *previstos no mesmo dispositivo constitucional*, o direito individual à liberdade deve, invariavelmente, prevalecer, sempre que contraposto com o direito à segurança.

Em amparo à tese assim construída, invoca-se o princípio da proporcionalidade. Entretanto, conforme se demonstrou anteriormente, o referido princípio não admite a exclusão pura e simples de um dos direitos em colisão, tratando-se, ao invés, de restringi-lo à sua mínima expressão, no caso concreto. Esta, justamente, a teleologia do princípio da proporcionalidade.

A interpretação/aplicação equivocada do princípio, assim, revela uma *concepção unilateral* do mesmo, que considera apenas o aspecto de proibição de excesso, ignorando o fato de que *a proporcionalidade possui duas faces indissociáveis: a proibição de excesso (Übermassverbot) e a proibição de insuficiência (Untermassverbot)*.

A desconsideração desse caráter de dupla face do princípio da proporcionalidade revela a prevalência de uma *concepção liberal-individualista de direito penal*, voltada apenas para a proteção de bens jurídicos de índole exclusivamente individual (patrimônio e liberdade, v. g.).

Em confronto com essa concepção, cabe ressaltar que

O direito penal está abandonando uma posição que historicamente lhe foi atribuída pelos círculos liberais, de proteção ao indivíduo, e, conseqüentemente, de mantenedor de um quadro histórico de desigualdades, para assumir, com a proteção de bens, direitos e interesses coletivos, uma função de pauta igualitária. (STRECK & COPETTI, 2003, p. 18)

A superação dessa concepção é condição fundamental ao eficaz equacionamento das graves questões colocadas ao Estado, no que se relaciona à criação e implementação de políticas públicas hábeis ao enfrentamento dos problemas de segurança que ameaçam crescentemente a sociedade atual.

3 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A DUPLA FACE E A NECESSÁRIA REVISÃO DA CONCEPÇÃO LIBERAL-INDIVIDUALISTA

3.1 – Proporcionalidade: concepção liberal-individualista x duplo viés

A concepção liberal-individualista/unilateral do princípio da proporcionalidade, como já dito, caracteriza-se pela *desconsideração do aspecto*

fundamental da proibição de deficiência (Untermassverbot), elemento implícito na idéia de Estado Democrático/Social de Direito.

Com efeito, neste, ao qualificativo “de direito”, que remete à idéia de auto-limitação do poder estatal pelo direito, em respeito às liberdades individuais (direitos negativos), acrescenta-se outro: o qualificativo “democrático”, baseado fundamentalmente no ideal igualitário/solidarista, em que, além de igualdade de representação, o cidadão possui igualdade de condições materiais (direitos positivos), em consonância com o ideário do Estado Social (MORAES, 1996).

Em face disso, cabe observar que a noção de proporcionalidade

não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (SARLET, 2003, p. 86).

Por conseguinte, surge a necessidade de dotar todos os pólos da relação processual de meios suficientes, ágeis e razoáveis de proteção de seus direitos, sejam eles individuais ou coletivos, mediante os instrumentos constantes no próprio sistema jurídico, pois a insuficiência de “armas” e de recursos proporcionais a ofensa jurídica sofrida também se constituem em agressões ao princípio da igualdade, ferindo a justeza da balança do contraditório.

3.2 – Mandado de segurança em matéria criminal: o garantismo negativo e a necessária revisão da concepção liberal-individualista do princípio da proporcionalidade

A aplicação unilateral do princípio da proporcionalidade, percebida nos casos de negativa de reconhecimento de legitimidade ativa do Ministério Público para interpor MS em matéria criminal em defesa do direito positivo à segurança, revela uma concepção liberal-individualista ainda vigente no direito penal e processual penal brasileiro, cujo papel se restringe a proteger bens jurídicos inter-individuais (STRECK, 2005).

Vale dizer, nesta visão, os direitos fundamentais são enfocados apenas pelo seu aspecto negativo/protetivo/individualista, como direitos “contra o Estado”, quando, no Estado Democrático de Direito, “deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado” (STRECK & COPETTI, 2003, p. 56).

Este viés unilateral conferido ao direito penal e processual penal brasileiro, reclama uma análise, ainda que breve, da evolução histórica dos direitos fundamentais e sua inserção no panorama do constitucionalismo contemporâneo.

Os direitos fundamentais (doravante, DF) apresentam estreita relação com o universo valorativo das sociedades nas quais se originam. Com efeito,

Os valores entendidos como mais elevados pela consciência jurídica de um povo são positivados como conteúdo de normas jurídicas consagradoras de direitos dotados de qualificação especial que, por isso, desempenharão o papel de fundamento do Estado Democrático de Direito: os direitos fundamentais. (TOLEDO, 2003, p. 54).

Buscando uma definição teórico-formal dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2002, p. 37) assevera que estes são “*todos aquellos derechos subjectivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar*”.¹⁴

Os DF têm como conteúdo os direitos humanos, apresentando-se como “o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente, mas ainda não positivados” (TOLEDO, 2003, p. 55). Neste sentido, o magistério de Toledo (2003, p. 55), para quem

aqueles valores insitos à pessoa humana, indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual, reunidos na figura dos direitos humanos, é que são portanto, o *conteúdo dos direitos fundamentais*, os quais, por seu turno, dão-lhes a *forma jurídica*.

A despeito do fato de ser o direito universalmente atribuído ao sujeito, portanto, universalmente exigível (sendo o próprio sujeito de direito, portanto, um sujeito universal), é apenas com o advento da Revolução Francesa de 1789, com a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, pela primeira vez

O sujeito é entendido não somente como sujeito universal de direito, mas como *sujeito universal de direitos universais*, direitos a todos reconhecidos (em virtude de sua essencialidade) e garantidos, não só pela instrumentalização da *actio*, mas também pelos *direitos políticos*. (TOLEDO, 2003, p. 55).

A transformação dos direitos humanos em direitos subjetivos, entretanto, ocorreu apenas com a passagem do Estado monárquico absolutista francês à República, em decorrência da Revolução Francesa, mais especificamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹⁴ Todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir (trad. livre).

A respeito da subjetivação dos direitos humanos, calha o esclarecimento de Canotilho (2000, p. 1176), no sentido de que

uma norma garante um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o “direito” a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito. Assim, p. ex., quando a Constituição consagra, no art. 24º, o direito à vida, poder-se-á dizer que:

(1) o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto per este (“proibição da pena de morte legal”); o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo;

(2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar actos (activos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém.

Hesse, *apud* Bonavides (2002, p. 514), refere como fim dos DF “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Inicialmente dispostos na forma de direitos humanos em proclamações solenes (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, v. g.), como um articulado orgânico especial em que se enunciavam os direitos, os DF passaram a constituir os preâmbulos das Constituições dos Estados (TOLEDO, 2003). Isto significa uma radical mudança do *status* conferido aos DF, conforme destaca Alexy (1997, p. 21), ao asseverar que

La polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter en virtud de su positivización como derecho de vigencia inmediata, pero no por eso pierde en agudeza y profundidad.¹⁵

Após o advento de duas Guerras Mundiais, períodos em que o constitucionalismo sofreu sérias restrições, no segundo pós-guerra, com a denominada “reconstitucionalização da Europa”, ocorre aquilo que se pode denominar de “constitucionalização do Direito”, que Barroso (2005, p. 10) associa a “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.¹⁶

¹⁵ A polémica acerca dos direitos humanos adquire certamente um novo carácter em virtude de sua positivação como direito de vigência imediata, mas nem por isso perde em sua agudeza e profundidade (tradução livre).

¹⁶ Segundo destaca Barroso (id., *ibid.*), alguns autores têm utilizado também os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu, La constitutionnalization du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo em que

Este fenômeno de constitucionalização do Direito, segundo Zagrebelsky (1997, p. 68), decorre da

exigencia de fundamentación de un nuevo orden político basado en los derechos políticos democráticos”.¹⁷

Na opinião do autor, este fenômeno significou “una solución que se aparta tanto de la tradición estatalista del Estado de derecho decimonónico, como de las distintas tradiciones que se comprenden bajo el nombre de iusnaturalismo, no obstante presentar aspectos de ambas”.¹⁸

Conforme destaca Barroso (2005, p. 10), a constitucionalização do Direito repercute “sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares” (BARROSO, 2005, p. 10). No que diz com este aspecto, destaca ainda o autor que o fenômeno da constitucionalização do Direito estabelece limitações à “autonomia da vontade [dos particulares], em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais” (BARROSO, 2005, p. 10).

Entre as inovações trazidas pelo fenômeno da constitucionalização do Direito, vale destacar o reconhecimento do direito fundamental à segurança como “um dos direitos humanos mais importantes e fundamentais” (OLIVEIRA, 2000, p. 244). Com efeito, a despeito de já constar no rol dos direitos “do homem e do cidadão”, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 (art. 2º), é em pleno movimento de constitucionalização do Direito, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. 3º), que este direito adquire sua consistência definitiva, ao ser incluído no rol dos direitos “naturais e imprescritíveis do homem” (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão).

levam à sua transformação”. E, também, Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender um proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

¹⁷ Exigência de fundamentação de uma nova ordem política baseada nos direitos políticos democráticos (tradução livre).

¹⁸ Uma solução que se aparta tanto da tradição estatalista do Estado de direito oitocentista como das tradições compreendidas sob a denominação de jusnaturalismo, não obstante apresentar aspectos de ambas (tradução livre).

Na esteira do movimento de constitucionalização do Direito, surgem novas abordagens a respeito dos vários ramos do Direito. Entre estas, merece destaque a renovação das teorias penais, com propostas inspiradas pelo clima humanizante do constitucionalismo em plena renovação. Surge, neste contexto, a Teoria Garantista, capitaneada por Luigi Ferrajoli.

A teoria garantista encontra sua matriz no iluminismo e no positivismo, estando

fundamentada em nível epistemológico no conceito de centralidade da pessoa e da instrumentalidade do Estado, e tendo como pressuposto metodológico a separação entre Direito e moral, entre ser e dever ser, entre normatividade e efetividade do sistema legal. (COPETTI, 2000, p. 107).

O garantismo, segundo Streck (1998, p. 27), “deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos”. Este modelo de pensamento

pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. (CARVALHO, 2003, p. 84).

No mesmo sentido, Carvalho & Carvalho (2004, p. 19) destacam que

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais.

Ripollés (2004, p. 02) traça, em breve e despretensiosa síntese, um perfil do garantismo, mediante a caracterização de seus princípios básicos:

1. La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. [...]
2. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. [...]
3. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. [...]
4. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. [...]¹⁹

¹⁹ 1. A atribuição de uma eficácia limitada a seus instrumentos de intervenção, a norma e a sanção penais;
2. Deliberada redução de seu âmbito de atuação à tutela dos pressupostos mais essenciais para a convivência;
3. Profunda desconfiança em relação ao exercício equilibrado do poder sancionatório por parte dos poderes públicos;
4. Existência de limites transcendentais no emprego de sanções penais (tradução livre).

Resta claro, assim, que a teoria garantista, acima delineada, trabalha na perspectiva de um garantismo negativo, voltado exclusivamente à proteção dos direitos individuais, na esteira de uma multissecular postura de desconfiança

de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas. (RIPOLLÉS, 2004, p. 16)²⁰

Calha aqui a observação de Streck (2004, p. 279), no sentido de que

É preciso ampliar a visão do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo, o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado

O posicionamento de matiz liberal-iluminista, acima delineado, funda-se na idéia de que “há uma contradição insolúvel entre Estado e sociedade” (STRECK & COPETTI, 2003, p. 254). Destarte, em face das profundas modificações ocorridas no Direito Constitucional, culminando com a institucionalização do Estado Democrático de Direito, é preciso

deixar de encarar o Estado como sendo um permanente e histórico “inimigo dos direitos fundamentais”, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. (STRECK & COPETTI, 2003, p. 254)

A par disto, há que considerar o garantismo em seu caráter histórico-contextual, a fim de verificar sua adequação à realidade do momento, no que diz com sua capacidade de oferecer respostas úteis ao equacionamento dos problemas político-criminais que se põem à sociedade contemporânea, especialmente a brasileira.

Neste contexto, as profundas modificações socio-político-econômico-científicas ocorridas no mundo desde a ascensão da teoria garantista engendraram desafios que atualmente colocam-na sob cerrado questionamento.

²⁰ Da cidadania em relação à capacidade dos poderes públicos para fazer uso moderado das amplas possibilidades de atuação que lhes é outorgada pelos instrumentos de persecução delictiva e execução penal (tradução livre).

Com efeito, em função de seu matiz liberal-positivista, voltado à proteção de direitos de índole individual (liberdade e propriedade, v. g.), o garantismo, ante a atual realidade nacional/universal, caracterizada pela intensa e irreversível globalização, se vê ante o desafio de oferecer soluções às demandas de proteção de bens jurídicos de matiz coletiva/difusa/transindividual, completamente estranhos à sua natureza individualista.

Crimes de natureza transnacional, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado (como o tráfico internacional de drogas e a lavagem de dinheiro), bem como crimes contra a ordem financeira e tributária, não se enquadram nos estreitos moldes do direito penal individualista do garantismo.

Conforme destaca D'Ávila (2004, p. 04),

O direito penal liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexo de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação.

Ante a complexa realidade assim configurada, a questão da segurança (em seu múltiplo viés pessoal/coletivo/social) assume proporções nunca dantes percebidas, constituindo-se em permanente desafio ao Direito Penal e, por conseguinte, às políticas criminais e seus fundamentos teóricos. Neste sentido, assevera Siqueira (2003, p. 03) que

O impacto da evolução trazida com a forte sucessão de tecnologias é a colocação da sociedade em um estado intenso de riscos. Estes agora, são fundamentados na órbita da ação comunicativa do homem e não mais como fruto da causalidade e ganham relevância para o Direito Penal, pois a dogmática atual em algumas situações necessita de reparos para que se adapte à nova criminalidade que nasce, como os crimes contra a ordem tributária e o meio ambiente. A sociedade passará a demandar tutela a bens necessários à vida de todos e não somente individualmente, os bens difusos, que causará uma modificação na atual conceituação de bem jurídico difundido na doutrina penal.

Com a desagregação sócio-político-econômica causada pela nova realidade globalizada, em que o Estado não mais consegue fazer frente às demandas sociais pelo provimento de bens correspondente aos direitos sociais (saúde, educação, v. g.), cresce a sensação de insegurança no corpo da sociedade. Tem-se aí o terreno fértil para o surgimento de soluções simplistas, que implicam na redução dos direitos individuais (especialmente aqueles ligados à liberdade) em troca de mais segurança. Surge assim, no panorama

político-criminal das últimas décadas, o que Hassemer (2005, p. 01) denomina “direito penal eficaz”. O autor adverte que

actualmente, estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una Política criminal que tiende a hacer del Derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. (HASSEMER, 2005, p 01).²¹

O mesmo fenômeno é abordado por Denninger (2005, p. 02), alertando para o surgimento do “Estado preventivo”, em substituição ao Estado reativo, típico do Direito Penal clássico, no qual a finalidade essencial deixa de ser a defesa da sociedade contra determinados perigos ou ameaças causados pelos indivíduos (mediante a investigação e punição destes) e passa a ser o controle para prevenir riscos potenciais, indefinidos e desconhecidos, interferindo diretamente na liberdade de todos aqueles que possam representar causas potenciais desses riscos (“indivíduos suspeitos”). Em contraste com a **abordagem reativa** deste último, a abordagem do Estado preventivo caracteriza-se pela “proatividade”. Assim,

The core task of the police in a *constitucional state* is o guard against the threat of “specific” dangers in specific situations and to investigate and “prosecute” any crimes committed. [...] The functional logic of the security-oriented *preventive state* is different. It does not limit itself to reacting in a way that is defined and limited by specific circumstances, but demands that moves be taken “operatively” and “proactively” – action. [...] Consequently, interventions that limit freedom may be carried out against people at random, “anyone”.²²

Percebe-se, assim, uma clara relação de tensão entre os ideais de liberdade e segurança. Bottino (2005, p. 02), ao analisar o alerta de Denninger sobre a questão, assevera que

O processo de tensão entre os ideais constitucionais de liberdade e segurança é uma realidade em todo o mundo, que já se tinha detectado desde a década de 1970, tendo se tornado, todavia, mais acelerado e mais visível após os ataques sofridos pelos

²¹ Atualmente, estamos vivendo uma dramatização da violência e da ameaça. Ante essa situação, está sendo elaborada uma política criminal que tende a fazer do direito penal, endurecendo-o e reestruturando-o, um instrumento de direccionismo estatal (tradução livre)

²² A tarefa central da polícia em um Estado constitucional é proteger contra a ameaça de perigos “específicos” em situações específicas e investigar e “perseguir” quaisquer crimes cometidos. [...] A lógica funcional do Estado funcional orientado para a segurança é diferente. Não se limita a reagir de modo definido e limitado por circunstâncias específicas, mas requer que as intervenções sejam realizadas de forma “operativa” e “proativa”. [...] Consequentemente, intervenções que limitam a liberdade podem ser realizadas aleatoriamente, contra “qualquer um”.

estados Unidos em 11 de setembro de 2001, chegando mesmo a revelar a substituição de um pelo outro.

Esta guinada em direção ao ideal de segurança, denominada “substancialismo penal”, é representada pela “desvalorização do papel da lei como critério exclusivo de definição dos fatos desviados” (FERRAJOLI, 2002a, p. 35).

A respeito desta tensão garantismo x substancialismo/efetivismo, Sánchez *apud* Sarlet (2003) assinala que esta dicotomia não é a única abordagem cientificamente possível. Aduz ainda que idealismo/garantismo e funcionalismo/substancialismo, situados em extremos opostos, constituem concepções filosóficas globais e, como tais, inflexíveis, eis que o primeiro nega a relevância de alguns dos problemas reais surgidos nas sociedades complexas, ao passo que o segundo não comporta soluções alternativas.

Por outro lado, Dias (2001), analisando a questão a partir do viés das implicações do risco sobre o direito penal, entende que o risco incorporado a este ramo do Direito não significa o fim da proteção de bens jurídicos, eis que, ao lado dos bens jurídicos individuais, e em idêntico nível de exigência de tutela autônoma, há autênticos bens jurídicos de índole não individual (sociais, transindividuais, transpessoais e coletivos, p. ex.).

Como alternativa às tendências opostas antes delineadas (garantismo e funcionalismo), e em consequência de sua disfunção em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, é possível cogitar um sistema intermediário que, a par de conservar o núcleo essencial do garantismo, fundamental no âmbito deste Estado, avance no sentido de uma adequação do Direito Penal à realidade atual, desafiado a oferecer respostas eficazes às demandas de proteção de bens jurídicos de natureza transindividual. Neste sentido, Streck (2005, p. 06) acena propõe um “*direito penal comunitarista*”, que “seria (também) um importante instrumento de transformação da sociedade, espécie de ‘braço armado da Constituição’”.

Segundo o autor antes citado, disto resultaria

um deslocamento histórico do princípio da intervenção penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica. (STRECK, 2005, p. 06)

Esta intervenção do direito penal seria, assim, a minimamente necessária à realização do Estado Democrático de Direito em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil.

No mesmo sentido desta proposta, Ripollés (2004) preconiza um “*modelo penal bem-estarista*”, mediante a retomada dos esforços em favor da modernização do direito penal, através de uma ampliação da intervenção penal para âmbitos sócio-econômicos e de interesse comunitário até há pouco considerados alheios à política criminal. Conforme esta proposta,

El carácter esencial de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal. Esta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienestarista: ha de liberar al derecho penal del estigma de ser el derecho de los pobres, y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras pero realizadas en nichos sociales acomodados. (RIPOLLÉS, 2004, p. 32).²³

Calha aqui a observação de Sarlet (2003, p. 128), no sentido de que

Entre o abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que relembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade humana de todos os integrantes da comunidade.

Por último, vale lembrar a advertência de Kaufmann (2000, p. 48-49):

Es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo **no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra** y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como

²³ O caráter essencial dos interesses protegidos e a exigência constitucional de igualdade de tratamento dos cidadãos obriga a incorporar a criminalidade do poderosos ao acervo de condutas objeto de consideração do direito penal. Esta é a genuína tarefa expansiva da criminalização que corresponde ao modelo penal bem-estarista: é necessário liberar o direito penal do estigma de ser direito dos pobres, e assegurar que cumpra realmente sua função, a de ser um direito orientado para a salvaguarda dos pressupostos essenciais de convivência. Se impõe, portanto, uma contundente reação ante aquelas propostas que, com melhor ou pior intenção, propõem uma redução significativa da ainda incipiente punição de condutas socialmente muito perturbadoras mas realizadas em nichos sociais acomodados.

teorías complementarias Por eso, los teoremas extremos tienen algo irreal y utópico en sí mismos.²⁴ (grifos nossos)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado, embora despedido de maiores pretensões, permite algumas conclusões.

Analisada a questão do perfil do direito penal/processual penal brasileiro na atualidade, percebe-se que o mesmo se apresenta inadequado para fazer frente aos desafios que lhe são colocados pela sociedade brasileira contemporânea, principalmente no que se refere a ausência recursos ágeis e eficazes em favor da sociedade.

Herdeiro de uma cultura individualista/privatista, o sistema penal-repressivo encontra-se refém de concepções ultrapassadas, que o impedem de cumprir seu papel de elemento de pacificação/estabilização da sociedade na qual se encontra inserido.

Ao tentar adaptar-se aos parâmetros do constitucionalismo contemporâneo, o direito penal/processual penal brasileiro o faz de forma viciada, enviesado por uma concepção liberal-individualista de direito que desemboca em um garantismo de matiz unilateral, negativo, inapto à eficaz solução dos problemas postos pela realidade atual.

Assim, no afã de aplicar o princípio da proporcionalidade aos casos de conflito de direitos fundamentais como o direito à liberdade e à segurança, inspirado pela concepção liberal-individualista, as Cortes aplicam inadequadamente o aludido princípio, no sentido de sempre anular o direito à segurança, em detrimento do direito à liberdade, contrariando claramente o ideal de proporcionalidade.

Com isso, sob inspiração de um garantismo negativo que o impede de ver a realidade em toda a sua complexidade, o direito penal/processual penal brasileiro acaba por privilegiar uma idéia ultrapassada de Direito e de Estado, que não considera o caráter positivo de ambos, inspirador da idéia de Estado Democrático de Direito, que incorpora à idéia de proibição de excesso e não seu contraponto, qual seja, a proibição de insuficiência, de modo a possibilitar a convivência entre os aparentes opostos de segurança e liberdade/ação e abstenção.

²⁴ É uma lei estrutural de nosso ser, geralmente a se considerar, ainda que também muitas vezes esquecida, que em nosso mundo não se pode levar as condições ao extremo, sem que isso se volte contra si próprio e sem que, por isso mesmo, as posturas extremas, ao mesmo tempo que parecem enfrentar-se, se contraponham como teorias complementares. Por isso, os teoremas extremos têm algo de irreal e utópico em si mesmos (tradução livre).

Gize-se, também, como já referido, que o Direito Processual da Elite - dos direitos privados e econômicos – modernizou-se, abarcando, inovando e admitindo soluções recursais e processuais tendentes a efetividade e agilidade da prestação jurisdicional, tais como: a antecipação de tutela, a execução específica das obrigações, o agravo de instrumento diretamente no órgão recursal, dotado, inclusive, de efeito suspensivo, entre outros avanços, os quais, sem dúvida alguma, romperam com a dicotomia conhecimento X execução de Liebman.

O réu do processo penal, por sua vez, possui a ágil, econômica e célere Ação Constitucional de *Habeas Corpus*, enquanto a sociedade ainda se encontra presa aos atravancados, burocráticos, formalistas e demorados recursos de Agravo na Execução e Recurso em Sentido Estrito, os quais, geralmente, demoram meses para chegarem a presença do órgão revisor, o que, invariavelmente, esgota o *periculum in mora* existente e o próprio objeto da inconformidade.

Nessa linha, sob o viés específico da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, no âmbito processual penal, vislumbra-se como razoável e necessário o cabimento e a legitimidade do Ministério Público para interpor mandado de segurança em matéria criminal, visando atribuir efeito suspensivo a recurso desprovido do mesmo, visto tratar-se de instrumento constitucional constante no próprio sistema jurídico e passível de corrigir a atual insuficiência de efetividade dos atravancados recursos processuais penais, os quais, como já ressaltado, não fazem frente às ofensas da criminalidade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Ed. Trotta, 1997.

AMARAL, Agamenon B. do. Mandado de segurança no juízo criminal. Aplicações, inclusivena lei 9.099 de 26.09.1995. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos-Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.adv.br>. Acesso em: 20 nov. 2005.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, 1971.

BEYME, Claus Von. Teoría política del siglo XX: de la modernidad a la postmodernidad. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Execução penal: questões controvertidas. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1989.

BOTTINO, Thiago. Segurança versus liberdade: repercussões no sistema penal de um novo paradigma constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

_____. A segurança por meio da estruturação da ponderação – critérios para ponderação em matéria penal. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

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

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. Crítica à execução penal. Doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COPETTI, André. Direito penal e estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Reflexiones sobre el derecho penal del futuro. Disponível em: <<http://criminet.es/recpc>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas conseqüência no paradigma penal: um breve excuroso sobre o direito penal do risco. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idcoluna=6>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

DENNINGER, Erhard. Freedom versus security? Disponível em: <<http://www.goethe.de/kug/ges/pok/dos/en163802.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, São Paulo: RT, jan./mar. 2001.

DONEGÁ, Amália R. Escola de defesa social. Revista de Ciência Jurídicas, n. 1, Maringá, 55-73, mar. 1998.

FELDENS, Luciano. Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: le ley del más débil. 3. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

_____. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Juarez. Estudos de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Luis Flavio; BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização. São Paulo: RT, 2002.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

GUERRA FILHO, Willis S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. São Paulo: RT, 1998.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: Três temas de direito penal. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revistagf.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2005.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. RT, a. 89, v. 781, 71-78, nov. 2000.

KAUFMANN, Arthur. Derecho, moral y historicidad. Madrid: Marcial Pons, 2000.

MEDINA, Paulo R. de Gouvêa. Direito processual constitucional. São Paulo: Forense, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 18. ed. São Paulo: RT, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabrine. Execução Penal. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, José L. Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado de direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOSSIM, Heráclito Antônio. 2. ed. Recursos em matéria criminal: doutrina, jurisprudência, modelos de petição. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Luciano. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 11, Recife, 2000.

RIPOLLÉS, José Luís Díes. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 35, São Paulo: RT, jul./set. 2001.

_____. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luis Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 36, São Paulo: RT, out./dez. 2001.

SARLET, Ingo W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista de Estudos Criminais, ano 03, n. 12, Sapucaia do Sul: Ed. Nota Dez, 86-128, dez. 2003.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti. Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>>. Acesso em: 01 dez. 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio L.; COPETTI, André L. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS-RS. São Leopoldo, 225-295, 2003.

STRECK., Lênio L.; FELDENS, Luciano. Crime e constituição – a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

STRECK., Lênio L. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

_____. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: (Neo)Constitucionalismo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e estado democrático de direito. São Paulo: Landy, 2003.

VIEIRA, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. Revista do IBCCRIM, out. 2002.

WAGNER, Peter. Sociología de la modernidad: libertad y disciplina. Madrid: Herder, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. 2. ed. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Ed. Trotta, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. A função cautelar do mandado de segurança contra ato judicial. Revista da AJURIS, n. 50, 82-87, 1990.