



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ÂNGELO MACIEL OLIVEIRA

**PRISÃO PREVENTIVA E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO:
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJCE**

FORTALEZA

2019

ÂNGELO MACIEL OLIVEIRA

PRISÃO PREVENTIVA E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO:
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJCE

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

O52p Oliveira, Ângelo Maciel.

Prisão preventiva e vedação à proteção deficiente do Estado : uma análise da jurisprudência do TJCE / Ângelo Maciel Oliveira. – 2019.

56 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Prisão preventiva. 2. Excesso de prazo. 3. Proibição de insuficiência. 4. Proteção deficiente. 5. Princípio da proporcionalidade. I. Título.

CDD 340

ÂNGELO MACIEL OLIVEIRA

PRISÃO PREVENTIVA E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO:
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJCE

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Geórgia Oliveira Araújo

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

Me. Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus,
Aos meus pais Anselmo e Sofia e irmãos
Maria Eugênia, Álvaro e André,
À Edilene e Kesli,
Aos meus amigos e professores,
À minha tia Silvia.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que apesar de todas as minhas crises sempre esteve com Sua mão sobre mim, e acredito que mesmo hoje, no estado de espírito em que me encontro, continua a demonstrar Seu amor e fidelidade a mim. Aproveito para agradecer também à minha minha comunidade, que sempre esteve rezando por mim e me apoiando, principalmente depois que me afastei.

Em segundo lugar, agradeço à minha família, incluindo aqui a Edilene, minha segunda mãe, que me deu todo suporte material e moral necessário para que eu lograsse êxito em adentrar no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Agradeço especialmente ao meu irmão gêmeo André, a pessoa mais importante da minha vida, com quem compartilho todos os meus sonhos. Da mesma forma, agradeço à Creche Escola Tia Léa e ao Colégio Santa Cecília, cujos esforços em ensinar tanto para o futuro quanto pra vida moldaram boa parte do que sou hoje.

Agradeço também à minha amada companheira Kesli, que esteve comigo nesse período atribulado de fim de curso e me aceitou do jeito que eu sou, me proporcionando o prazer de me sentir amado como nunca fui na vida.

Agradeço aos meus amigos, em especial o Artur que esteve do meu lado desde o berço para tudo, sendo o melhor amigo que eu poderia ter na vida; o Rafael, o melhor amigo que fiz na faculdade e que tenho prazer de levar pra vida; o Aragão, que apesar de ter saído no segundo semestre do curso, se faz presente desde então, sendo o meu maior conselheiro e um dos meus melhores amigos; e as minhas amadas amigas Melyssa, Nathalia Kelly e Larissa, que reviraram minha vida dentro da faculdade, dando muito mais sabor e emoção aos meus semestres. As três me ensinaram um universo de coisas boas sobre a vida.

Por fim, agradeço à banca examinadora, meu professor orientador Samuel, que me deu as instruções necessárias para desenvolver o texto seguro, e à Vanessa e Geórgia, que em meio a muita dificuldade e aflição para compor os demais membros avaliadores, se mostraram extremamente solícitas e prestativas para concretizar esse momento tão importante da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que fazem uso do princípio da proibição de proteção insuficiente por parte do Estado para manter a prisão preventiva de réus de comprovada periculosidade, apesar de reconhecerem o excesso de prazo injustificado. Dessa forma, o estudo explora o instituto da prisão preventiva e o princípio da proibição de insuficiência, a fim de aferir a legitimidade e proporcionalidade da medida tomada nas decisões referidas, o que é realizado por meio do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com base nisso, a pesquisa realizada demonstra que houve inovação do tribunal no tocante à aplicação do princípio na seara penal, além de concluir pela ilegitimidade da medida, uma vez que esta não encontra respaldo legal no ordenamento jurídico, equiparando-se à mera prevalência da prisão preventiva ante a garantia constitucional destinada a combater o seu abuso pelo Estado. Por fim, o estudo verifica a desnecessidade da manutenção da prisão preventiva diante da existência das medidas cautelares diversas da prisão, capazes de conciliar o conflito entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, concluindo pela desproporcionalidade da medida, especialmente quando sopesado vantagens de sua finalidade com a restrição às garantias individuais que provoca.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Excesso de prazo. Proibição de insuficiência. Proteção deficiente. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the decisions of the Court of Justice of the State of Ceará that make use of the principle of prohibition of insufficient protection by the State in order to maintain the preventive detention of defendants of proven dangerousness, despite recognizing the unjustified excess of time. Thus, the study explores the institute of pre-trial detention and the principle of prohibition of insufficiency, in order to assess the legitimacy and proportionality of the measure taken in the referred decisions, which is accomplished by examining the adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Based on this, the research shows that there was innovation by the court regarding the application of the principle in the criminal area, and concluded that the measure was illegitimate, since it has no legal base at the juridical order, being equivalent to the mere prevalence of the preventive detention requisites over the constitutional guarantee destined to combat its abuse by the State. In the end, the study verifies the unnecessary of the maintenance of pre-trial detention in view of the existence of several precautionary measures different from the prison, capable of reconciling the conflict between prohibition of excess and prohibition of insufficiency, concluding that the measure is disproportionate, especially when the advantages of its purpose are weighed with the restriction on individual guarantees that it causes.

Keywords: Preventive detention. Prohibition of insufficiency. Deficient protection. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PRISÃO PREVENTIVA	11
2.1	Conceito	11
2.2	Pressupostos	12
2.2.1	<i>Fumus comissi delicti</i>	12
2.2.2	<i>Periculum libertatis</i>	13
2.3	A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva	14
2.4	O direito à razoável duração do processo: excesso de prazo e relaxamento de prisão	17
2.4.1	<i>O relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo</i>	19
2.4.2	<i>Os atuais parâmetros de aferição do excesso de prazo na prisão preventiva</i>	20
3	A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO	25
3.1	O princípio da proporcionalidade como critério material para a aferição da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais (proibição de excesso)	26
3.2	A evolução do princípio da proporcionalidade rumo ao seu <i>status</i> constitucional de garantidor dos direitos fundamentais	27
3.3	O anverso da proibição de excesso: a vedação à proteção deficiente	29
4	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TJCE	35
4.1	Histórico da jurisprudência do TJCE quanto à aplicação do princípio na manutenção da prisão preventiva	35
4.2	Manutenção e relaxamento da prisão à guisa dos subprincípios da proporcionalidade	38
4.2.1	<i>Plano da idoneidade</i>	39

4.2.2 <i>Plano da necessidade</i>	43
4.2.3 <i>Plano da proporcionalidade em sentido estrito</i>	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51
ANEXO	55

1 INTRODUÇÃO

Desde 2015, tem-se observado por parte das câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará a reiterada utilização do princípio da vedação de proteção deficiente por parte do Estado para justificar a manutenção de prisões preventivas em acórdãos de pedidos de *habeas corpus* por constrangimento ilegal caracterizado pelo excesso de prazo para o julgamento da ação penal.

Ocorre que, a despeito da garantia à duração razoável do processo, referidas decisões reconhecem explicitamente a demora desarrazoada e injustificada por parte do Estado, mas, considerando a periculosidade do acusado e o risco de reiteração delitiva, denegam o pedido de liberdade, alegando que a soltura do preso configuraria violação ao dever estatal de proteção ao direito fundamental à segurança da sociedade, o que, de acordo com os acórdãos, seria vedado pelo princípio da proporcionalidade em sua vertente garantista positiva.

Posto isso, indaga-se acerca da legitimidade da fundamentação utilizada pelo tribunal para embasar as suas decisões constitutivas de liberdade, visto que, como será explanado neste trabalho, o excesso de prazo na formação da culpa confere ao indivíduo a prerrogativa de ver sua liberdade restituída no decorrer da ação penal, mesmo que ainda presentes os requisitos da prisão preventiva, como forma de garantia individual contra o abuso de poder e a arbitrariedade estatal.

Assim, levantam-se as seguintes hipóteses: há aplicação acertada do princípio invocado pelo tribunal no caso em comento; há um equívoco dos desembargadores na utilização do princípio para embasar a manutenção da prisão preventiva; estão os julgadores utilizando-se de mero recurso retórico para agirem além de suas atribuições e assumirem uma postura mais protetiva com relação à segurança pública.

Para melhor compreender a temática aqui colocada, esta monografia intenta proceder a uma análise do instituto da prisão preventiva e do princípio da proporcionalidade em sua acepção de proibição de excesso e de vedação à proteção insuficiente, a fim de tecer considerações acerca da adequação das decisões do Tribunal de Justiça cearense, à luz dos princípios constitucionais e do ordenamento jurídico pátrio.

São objetivos deste trabalho, portanto: a) analisar o instituto da prisão preventiva, abordando a questão da fundamentação na garantia da ordem pública e da configuração do constrangimento ilegal por excesso de prazo; b) investigar a origem e o âmbito de aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente por parte do Estado, estudando o princípio da proporcionalidade em sua finalidade de proteger os direitos fundamentais; c) analisar a aplicação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, do princípio da vedação à proteção deficiente na manutenção da prisão preventiva, a fim de aferir a legitimidade e proporcionalidade da medida em seus aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para alcançar os objetivos citados, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica e revisão de literatura em livros, trabalhos científicos e periódicos, além de pesquisa documental em atos normativos, decisões judiciais e súmulas.

Assim, o presente trabalho divide-se em três capítulos de desenvolvimento, sendo o primeiro deles destinado ao estudo do instituto da prisão preventiva; o segundo ao princípio da proporcionalidade em suas vertentes de proibição de excesso e vedação à proteção deficiente por parte do Estado; e o último capítulo ao tema principal desta monografia, qual seja, uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2 PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Conceito

A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória, qual seja, aquela que não configura pena advinda de decisão condenatória transitada em julgado, “motivada pela necessidade asseguratória da ordem pública, da regularidade e do resultado do processo penal e/ou da aplicação da lei penal”¹.

Por inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal (CPP), cabe sua decretação em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, sempre por autoridade judiciária competente, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Desta forma, constitui verdadeira medida restritiva cautelar, sendo de tamanha invasividade na esfera individual do sujeito a ela destinado, que se sujeita a uma série de normas e princípios constitucionais no sentido de coibir o abuso de autoridade e, em última análise, a arbitrariedade estatal.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram:

a preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF²), afinal, o estigma do encarceramento é por demais deletério à figura do infrator.³

De fato, no processo penal têm-se a liberdade do réu como regra, apresentando-se a prisão preventiva como medida excepcionalíssima, que apenas deverá ser autorizada quando, não havendo outro meio asseguratório dos bens jurídicos a que visa proteger, observarem-se os seus pressupostos.

Importa destacar que a sua imposição, por força do contido no art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal (CF), deverá se dar sempre “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, não bastando, explica Eugênio Pacelli, meramente a sua fundamentação com base na convicção pessoal do julgador, devendo estar a sua hipótese de decretação expressamente prevista em

¹ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.927.

² Art. 5º da CRFB/88, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 579.

lei, restando aquele, portanto, completamente condicionado ao princípio da legalidade estrita, sob pena de pôr em risco garantias individuais constitucionais.⁴

Nesse sentido, para melhor compreender o assunto, cumpre tratar acerca dos pressupostos da prisão preventiva.

2.2 Pressupostos

Os pressupostos ou requisitos da prisão preventiva são os elementos que autorizam a sua decretação. Nesse sentido, o artigo 312 do CPP prevê tais requisitos, descrevendo as condições necessárias para caracterizar a justa causa para a imposição da medida cautelar constitutiva de liberdade (*fumus comissi delicti*) e os seus motivos ensejadores (*periculum libertatis*).

2.2.1 *Fumus comissi delicti*

Desse modo, a respeito do primeiro requisito, requer-se para a decretação da prisão preventiva prova da materialidade do crime, assim como a observância de indícios razoáveis da autoria do acusado destinatário da medida constitutiva. Trata-se, em verdade, como destaca Mougenot, de requisito de qualquer medida cautelar.⁵

Importante ressaltar, ainda na análise deste primeiro requisito, o disposto no artigo 314 do CPP, dado que este impõe a não decretação da prisão preventiva caso o juiz verifique pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições de exclusão de ilicitude narradas no Código Penal, a exemplo da legítima defesa, o que implicaria na falta de justa causa para a aplicação da medida.

Regra geral, como grande parte das ações penais no Brasil derivam de apreensões em flagrante dos acusados, frequentemente resta caracterizado este pressuposto já no início do procedimento investigativo, uma vez que a prova do crime e os indícios de autoria são constatados pela autoridade policial no momento do fato delituoso ou logo após.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 562

⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 414.

2.2.2 *Periculum libertatis*

Acerca do segundo pressuposto, o *periculum libertatis*, são elencados no dispositivo citado alguns motivos capazes de ensejar a prisão preventiva, dado que revelam o perigo que representa o estado de liberdade do acusado para o processo ou para a sociedade em seus aspectos social e econômico.

Trata-se, com efeito, de uma faceta do *periculum in mora* das tutelas antecipadas do processo civil, no âmbito do processo penal, demandando atitude imediata do Estado no sentido de cessar o referido perigo, sob pena de colocar em risco o resultado útil do processo penal.

Assim, são os seus motivos a) a garantia da ordem pública b) a garantia da ordem econômica c) a conveniência da instrução criminal d) a asseguração da aplicação da lei penal.

Nesse diapasão, os dois primeiros motivos tem como objetivo a proteção da comunidade, ao passo que os dois últimos são evidentemente instrumentais, destinados à proteção do próprio processo penal.

Portanto, se a prisão em flagrante tem como objetivo imediato a asseguração do bem jurídico protegido pela norma penal infringida, e, subsidiariamente, a garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva, quando fundamentada na conveniência da instrução penal e na asseguração da aplicação da lei penal, possui como objetivo maior a cautelariedade da persecução penal⁶.

Importa ressaltar que os dois primeiros motivos são os mais controversos na seara processual penal, possuindo severas críticas pela doutrina devido à vagueza e subjetividade das expressões “ordem pública” e “ordem econômica”. Por isso, assevera Tourinho Filho que, apesar da gama de motivos elencada pelo artigo 312 do CPP, “de rigor deveria e deve restringir-se a duas situações: preservar a instrução e assegurar a aplicação da lei. Fora daí não há cautelariedade.”⁷

Da mesma maneira, lamenta Pacelli a manutenção das referidas expressões, mesmo após tanto tempo de suas instituições, e principalmente apesar da introdução de tantas alterações em matéria de prisão e medidas cautelares⁸, dentre

⁶ PACELLI, op. cit., p. 561-562.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 545-546.

⁸ Op. cit., p. 567.

as quais importa mencionar as promovidas pela Lei 12.403/11, que reformulou praticamente todo o capítulo referente à prisão preventiva no atual CPP.

Além disso, especialmente o primeiro motivo apresenta altíssima relevância para o tema objeto deste trabalho, por ser justamente a fundamentação principal das prisões preventivas mantidas pelo princípio da vedação à proteção deficiente do Estado pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE).

Por esse motivo, assim como optou-se por tratar, neste trabalho, de apenas uma das espécies de prisão provisória, da mesma forma apenas a fundamentação na garantia da ordem pública será explorada de maneira minuciosa, o que será realizado a seguir, em tópico próprio.

2.3 A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva

A garantia da ordem pública é motivação da prisão preventiva presente na legislação penal desde o Código Processual Penal de 1941 havendo sido, desde então, alvo de muitas críticas pela doutrina, com grande construção jurisprudencial acerca do que pode ser considerado “ordem pública” e quando o acusado configuraria realmente uma risco à ela.

Com efeito, considerando que a legislação adjetiva original data da época Estado Novo, muitas transformações ocorreram no panorama jurídico criminal, sobretudo com relação à constitucionalização do processo penal e sua compatibilidade com o modelo acusatório e o Estado Democrático de Direito, fundado em princípios constitucionais e garantias individuais.

Nessa perspectiva, adverte Sérgio Rebouças, “não é simples a conciliação do requisito da garantia da ordem pública com um regime constitucional que consagra a presunção de presunção formal ou estado jurídico de inocência (art. 5º, LVII, CF)”.⁹

Dito isso, insta salientar que a vagueza e subjetividade da expressão “ordem pública” permitiu, ao longo de quase oito décadas, inúmeras decisões arbitrárias e abusivas, totalmente desproporcionais e incompatíveis com o atual modelo constitucional, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que desenvolver um ativismo no sentido de estabelecerem os limites

⁹ Op. cit., p. 935.

do que poderia ser considerado garantia da ordem pública para efeitos de decretação da prisão preventiva.

Não à toa já nos avisava Choukr, ao tratar da ordem pública como fundamento da prisão cautelar que “a ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.”¹⁰

Em verdade, a garantia da ordem pública demanda embasamento em elementos concretos que demonstrem a potencialidade da prática de novas infrações penais pelo acusado, mas mesmo isso seria questionável à luz da Constituição, por, como explicitado anteriormente, ir de encontro ao princípio da presunção de inocência, afinal, como é possível restringir a liberdade de alguém por algo que ela ainda nem fez?

Com efeito, Antonio Magalhães Gomes Filho também em seu tempo questionava a constitucionalidade da expressão, concluindo que as prisões preventivas motivadas neste fundamento constituiriam nada mais do que uma antecipação da pena, “ditadas por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento de culpabilidade”.¹¹

Por sua vez, ao analisar o fundamento em questão, comenta Antonio Scarance Fernandes:

A prisão por garantia da ordem pública é, geralmente, invocada para casos em que o acusado vem reiterando a prática de infrações penais. Não é fácil justificar a prisão escorada nesse fundamento como cautelar, principalmente no que se refere ao seu caráter instrumental e na impossibilidade de representar antecipação de pena. Parte da doutrina vê como medida de segurança, imposta porque o acusado seria indivíduo perigoso, propenso a cometer novos delitos, e hipótese de antecipação da pena, pois não é aplicada por necessidade do processo em que é decretada, mas para impedir a perpetração de outros crimes. Apesar disso, é prevista nos mais diversos ordenamentos do mundo para impedir o acusado de continuar a praticar delitos, revelando-se assim como uma necessidade do processo penal.¹²

A despeito da difícil definição do termo, outras legislações que também se valem da expressão como fundamento para a imposição de medidas cautelares

¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**: temas escolhidos. São Paulo: EDIPRO, 1999, p.115.

¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 66-69.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, p. 293.

trazem outros elementos que podem trazer uma reflexão mais profunda de sua abrangência, apesar de ainda restar como conceito jurídico indeterminado.

À título de exemplo, tem-se o CPP de Portugal, que em seu art. 204, ao tratar dos requisitos gerais das condições de aplicação das medidas (cautelares, dentre as quais se inclui a prisão preventiva), impõe que:

Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto não se verificar, no momento da aplicação da medida:

[...]

c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas

Percebe-se, nesta via, que o temor da reiteração ou continuidade delitiva do agente, bem como o exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão estão intimamente ligados à noção de garantia ordem pública, e, como já explicitado, assim vem entendendo a jurisprudência pátria.¹³

Acerca dos limites estabelecidos pela Suprema Corte ao que possa ser considerado garantia da ordem pública para fins de autorizar a imposição da medida preventiva, importa mencionar a inidoneidade do argumento do clamor ou comoção pública ocasionada pelo fato criminoso.¹⁴

Sobre essa questão, menciona o mestre Fernando Capez:

O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem *periculum in mora* não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pátio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo. Nesse sentido, “A repercussão do crime e o clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (STF, RT, 549/417)¹⁵

¹³ PACELLI, op. cit., p. 569.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.751 SP**, Relator: Min. CELSO DE MELO, Data de julgamento: 09/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de publicação: DJe 23/10/2012. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565251>. Acesso em 08/09/2019.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342-343.

Além disso, é entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a gravidade em abstrato do crime, por si só, não é fundamento idôneo para decretação da segregação cautelar.¹⁶

Assim, uma vez entendidas as repercussões do fundamento na garantia da ordem pública, fundamental se faz o estudo do excesso de prazo na prisão preventiva.

2.4 O direito à razoável duração do processo: excesso de prazo e relaxamento de prisão

O prazo razoável é característica fundamental de um procedimento adequado e justo. Em princípio, todo processo deve ser efetuado dentro do prazo legal, sendo esta regra essencial para conferir segurança jurídicas às partes envolvidas, já que estas terão, desde o início do ato, a certeza de que ele não se dilatará indefinidamente.

No entanto, duração razoável não se confunde com duração célere. Isso porque o processo precisa sim ser objetivo e sem gastos desnecessários, mas ao mesmo tempo não pode abrir mão de resguardar os direitos e garantias dos envolvidos, assim como a sua própria efetividade. Os prazos, nessa perspectiva, são demarcados com o intuito de conciliar justiça e economia processual.

A constante preocupação de conciliar a segurança jurídica e a rapidez do processo, motivou as mais diversas nações a buscarem estabelecer em seus textos regras relacionadas ao tempo de julgamento das acusações de seus cidadãos.

Nessa perspectiva, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao qual o Brasil aderiu em 1992, destaca em seu artigo 14, dentre outras garantias processuais, o direito do acusado de “ser julgado sem dilações indevidas”.

Além disso, igualmente relevante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, fixou em seu artigo 8º, 1, que toda pessoa tem direito “a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]”

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 128.195 SP**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de julgamento: 08/09/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de publicação: DJe 23/09/2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4773834>. Acesso em 08/09/2019.

Com efeito, a duração razoável do processo tomou tamanha importância no contexto garantista que a Constituição pátria inseriu em seu art. 5º, por meio da Emenda nº 45/2004, o inciso LXXVII, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Com relação a tentativa de se estabelecer prazo certo para a prisão preventiva, a princípio havia a Lei 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, que trazia em seu artigo 8º que “o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta lei, será de cento e oitenta dias.” Tinha-se, portanto, para as ações definidas na lei como próprias de organizações criminosas, o prazo máximo da prisão provisória de cerca de seis meses.

Posteriormente, a Lei nº 9.303/96 revogou especificamente o referido artigo, que passou a vigorar nos seguintes termos: “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.”

Por fim, toda a Lei de Organizações Criminosas foi revogada e substituída pela Lei 12.850/2013, que passou a tratar do assunto de maneira mais detalhada. O novo texto, por sua vez, trouxe em seu artigo 22 o prazo de 120 dias, “prorrogável em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.”

Sobre o assunto, Antonio Scarance esclarece que antes mesmo da Lei de 1995, haviam duas correntes de entendimento acerca do tempo de caracterização do constrangimento ilegal, uma que analisava o tempo de prisão separadamente em relação ao inquérito e as demais fases do processo, e outra que analisava o tempo de forma global, somando-se os prazos previstos para cada ato do procedimento admitindo a compensação de eventual excesso de prazo com relação a determinado ato com a precoce completude dos demais. Foi a partir da segunda corrente que formou-se orientação jurisprudencial de 180 dias e, posteriormente, a Lei instituiu esse prazo.¹⁷

¹⁷ Op. cit., p. 127-128.

Contudo, diversas exceções jurisprudenciais a essa regra acabaram por relativizar o prazo estabelecido, e o mesmo ocorre atualmente, mesmo apesar da última tentativa legislativa de definir uma duração definida ao processo.

Casos complexos, com multiplicidade de réus, instauração de incidentes paralisantes do andamento processual (de apuração da insanidade do réu, de restauração de autos físicos, de falsidade documental, por exemplo), vítimas ou testemunhas domiciliadas em outras comarcas (que demandam expedição de cartas precatórias), dentre outros fatores excepcionais, tornaram justificável a dilação do tempo limite para a caracterização do excesso de prazo, que passou a ser aferido por meio de parâmetros de razoabilidade e outros critérios construídos doutrinaria e jurisprudencialmente.

Nesse sentido, destaca-se que a 5^a Turma do STJ decidiu que o prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e improrrogabilidade, “fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais.”¹⁸

2.4.1 *O relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo*

No processo penal, a dilação processual pode até ser interessante ao acusado quando este se encontra em liberdade, dado a maior possibilidade de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal. É para o acusado preso, no entanto, que o viés garantista da duração razoável ganha real relevância, visto que o tempo de prisão é fator determinante para a configuração de constrangimento ilegal e consequente relaxamento da prisão.

Pacelli esclarece que a palavra *relaxamento* remete unicamente a controle de legalidade da prisão, destacando que ocorrerá em todos os casos em que haja ilegalidade na medida constitutiva.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 454428 BA 2008/0142368-4**, Relator: Min. FELIX FISCHER, Data de julgamento: 14/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 19/06/2018.

¹⁹ PACELLI, op. cit., p. 600.

Nesse sentido, o excesso de prazo da prisão configura hipótese de coação ilegal no CPP, sendo fundamento legítimo para a impetração e reconhecimento *ex officio* do remédio constitucional do habeas corpus, senão vejamos:

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

[...]

Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

Referido controle possui respaldo na Constituição, que em seu art. 5º autoriza qualquer autoridade judiciária a relaxar a prisão em caso de ilegalidade.²⁰ Dessa forma, Sérgio Rebouças verifica que o relaxamento da prisão por meio do reconhecimento do excesso de prazo decorre diretamente da garantia individual à razoável duração do processo.²¹

Nessa esteira, mister se faz discutir acerca da caracterização do excesso de prazo da prisão provisória, com enfoque na prisão preventiva, especialmente diante da subjetividade da referida expressão, dado que a lei não estabelece prazo fixo para a imposição da medida cautelar.

2.4.2 Os atuais parâmetros de aferição do excesso de prazo na prisão preventiva

Regra geral, pode-se afirmar que a falta de desídia do Poder judiciário e a demora atribuível à defesa passaram a constituir os principais fatores justificadores da não caracterização de excesso de prazo. Nesse sentido, destaca-se o teor da Súmula 64 do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa.”

Dentre os exemplos de atos exclusivos da defesa que resultam no retardamento do feito sem caracterização de coação ilegal, encontram-se a demora para apresentar defesa prévia ou memoriais escritos, ou ainda para nomear novo patrono; a falta injustificada à audiências.

²⁰ Art. 5º da CRFB/88, LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

²¹ Op. cit. 930.

Em contrapartida, a demonstração de demora exclusiva do Estado e colaboração do acusado para o andamento célere do feito são os motivos fundamentais de reconhecimento do excesso de prazo.

Sobre esse ponto, levanta-se o seguinte questionamento: a demora provocada pela instauração, a pedido da defesa, de incidente de insanidade, por exemplo, que naturalmente retarda o feito por demandar realização de perícia médica, pode ser imputada ao acusado em caso de demora excessiva para a sua resolução — e só então retomada do andamento processual —?

É preciso averiguar no caso concreto se o juiz agiu com presteza e diligência na resolução do incidente. Em tese, a alegação do juiz de que a demora excessiva fora ocasionada pela defesa pelo simples fato de esta ter feito o pedido de instauração do processo incidental não deveria prosperar se houve, por exemplo, demora demasiada no oficiamento da unidade médica psiquiátrica para realização da perícia, resignação do juízo diante da não resposta da autoridade oficiada, dentre outros fatores que são completamente alheios à participação do réu, afinal, requerer o incidente faz parte do seu exercício legítimo de ampla defesa.

Em última análise, a culpa da demora excessiva para a resolução do incidente pode ser atribuída sempre ao Estado, por, podendo, através de seu poder coercitivo de império, não valer-se de meios eficazes para conferir andamento célere ao procedimento.

Além disso, cumpre destacar outras súmulas editadas pelo STJ, relacionadas à caracterização do excesso de prazo. Nessa esteira, a começar pela Súmula nº 21, esta estabelece que “pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução.”

Do teor da súmula depreende-se que a superação da alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo é apenas para efeito de exaurimento da instrução probatória na fase judicial do rito do júri. Isso significa que ainda é possível aferir-se dilação processual excessiva durante a fase recursal, a exemplo de Recurso em Sentido Estrito impugnando a decisão de pronúncia.

Com efeito, confira-se o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RÉU PRESO DESDE 31/10/2015. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PENDENTE

DE JULGAMENTO NA CORTE DE ORIGEM POR 1 ANO E 6 MESES. INEFICIÊNCIA ESTATAL. FALTA DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Convém destacar que, conforme orientação pacificada nos Tribunais Superiores, a análise do excesso de prazo na instrução criminal deve ser feita à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser consideradas as particularidades do caso concreto, a atuação das partes e a forma de condução do feito pelo Estado-juiz. Dessa forma, a mera extração dos prazos processuais legalmente previstos não acarreta automaticamente o relaxamento da segregação cautelar do acusado (RHC 58.140/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 30/9/2015; RHC 58.854/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015).

3. Ocorre que, segundo se infere dos autos, o paciente foi preso preventivamente em 30/10/2015, pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, c/o o art. 29, ambos do CP. A denúncia foi recebida em 4/8/2015 e houve pronúncia em 17/3/2017, tendo a defesa interposto Recurso em Sentido Estrito em 15/2/2018, o qual foi julgado em 15/8/2019.

4. Como se observa, é abusivo e injustificado o excesso na segregação cautelar do paciente, uma vez que ele está encarcerado há 3 anos e 9 meses sem que tenha sido submetido ao Conselho de Sentença, por ineficiência exclusiva do Estado-juiz. 5. Sob tal contexto, é de rigor o relaxamento da segregação cautelar, uma vez que a indevida delonga na instrução criminal não é atribuível à defesa, mas sim, ao Poder Judiciário, que foi ineficiente em assegurar a devida celeridade ao feito (ofensa ao art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). **6. Não há falar em razoabilidade na prisão cautelar do acusado, que se encontra segregado desde 30/10/2015, aguardando a prestação jurisdicional. Nem mesmo o fato de já ter sido proferida decisão de pronúncia, o que atrairia a incidência da Súmula n. 21 desta Corte, e a gravidade dos fatos a ele imputados, autorizam a manutenção de sua segregação cautelar nesse contexto.** 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para relaxar a prisão preventiva do paciente, decretada nos autos da Ação Penal 0007953-32.2015.8.21.0033, devendo ser expedido alvará de soltura, salvo se, por outro motivo, estiver preso, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Magistrado de primeiro grau.²²(Grifou-se)

Por sua vez, a Súmula 52 decreta que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.” Diante do teor aparentemente absoluto, indaga-se: e quando o juiz declara encerrada a instrução criminal, mas faz pendente a apresentação de laudo toxicológico ou

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 499628 RS 2019/0079045-0**, Relator: Min. RIBEIRO DANTAS, Data de julgamento: 05/09/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 12/09/2019.

balístico pela perícia forense, condicionando inclusive a apresentação de memoriais escritos das partes a isso?

Ou ainda: e se, encerrada a instrução, transcorrerem-se meses sem que o Ministério Público apresente os memoriais escritos? ou até mesmo uma vez apresentados os memoriais de ambas as partes, restando os autos conclusos para julgamento, o próprio magistrado alongar-se demasiadamente para proferir a sentença?

Nesses casos, a depender do tempo suportado pelo acusado, faz-se imperiosa a mitigação do entendimento sumular e o devido reconhecimento do excesso de prazo sem culpa da defesa, ensejando o relaxamento. Nesse sentido, importa transcrever o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA, SEM ABERTURA DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS, AGUARDANDO DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, . CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Não consta dos autos qualquer incidente relevante, atribuível à Defesa, capaz de afastar o excesso de prazo na prestação jurisdicional que, de fato, ocorre em face do requerimento da quebra do sigilo de dados de co-réu pelo Ministério Público de primeiro grau, o que obsta o oferecimento de alegações finais a quase dois anos. 2. **Embora a teor da Súmula n.º 52 desta Corte, “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”, tal entendimento deve ser mitigado, visando atender ao princípio da razoabilidade, uma vez que não pode o réu permanecer preso cautelarmente, de forma indefinida, no aguardo do julgamento do mérito.** Precedentes desta Corte Superior. 3. Ordem concedida para, reconhecendo o excesso de prazo na manutenção da custódia cautelar, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, se por outro motivo não estiver preso, para que possa aguardar o seu julgamento em liberdade²³(Grifou-se)

Significa reconhecer, portanto, que nem os prazos legais podem ser tomados como absolutos para fins de relaxamento de prisão, nem os entendimentos sumulados o podem para fins de manutenção da prisão preventiva.

Dessa forma, verifica-se o quanto complexo é a questão do aferimento do constrangimento ilegal por excesso de prazo, e o quanto incipiente ainda é, no Brasil, a maturidade no tratamento dessa questão no plano constitucional e

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70933 AL 2006/0258971-7**, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Data de julgamento: 06/03/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 02/04/2007.

legislativo, havendo necessidade de fixação de regras mais claras acerca do tempo da prisão cautelar.²⁴

Para melhor compreendermos a temática deste trabalho, passaremos agora para o estudo do princípio da vedação à proteção deficiente do Estado. Esclarece-se, de antemão, que ambas as matérias se conectam quando analisada a jurisprudência do TJCE, objeto do capítulo 4.

²⁴ FERNANDES, op. cit., 129.

3 A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

A evolução histórica do princípio da proporcionalidade acompanha a própria evolução da trajetória do Estado, assim como a dos próprios direitos fundamentais, na medida em que referido princípio ostenta caráter instrumental de resguardar as garantias individuais em face aos interesses estatais.²⁵

A proporcionalidade enquanto princípio é, na verdade, conhecida e utilizada desde a antiguidade, justamente por sua estreita ligação com o ideário de justiça. É nos últimos dois séculos, no entanto, que vem se redescobrindo a sua relevância, ampliando também o seu campo de aplicação, que, no Brasil, como nos informa Bonavides, o fora tradicionalmente no campo do Direito Administrativo.²⁶

Nessa perspectiva, dada a sua historicidade, amplos são os estudos acerca de sua natureza, extensão e atuação no âmbito da jurisdição e legislação. Em artigo interessantíssimo acerca disso, Haeberlin discorre acerca das várias facetas que assume referido princípio, aferindo que a proporcionalidade pode ser abordada enquanto método interpretativo, restrição ao poder de legislar, restrição ao poder de administrar, proibição de excesso e de insuficiência, postulado normativo aplicativo e regra²⁷, dentre outros aspectos que a doutrina ainda atualmente esforça-se para esboçar com exaurença.

Como o presente trabalho se propõe a analisar as decisões do TJCE que mantém a prisão preventiva, apesar de reconhecer o excesso de prazo, invocando o princípio da vedação à proteção deficiente do Estado, dar-se-á enfoque ao estudo do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso e de insuficiência.

²⁵ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. p. 52-53. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2428/MariaStreckDireito.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 407.

²⁷ HAEBERLIN, Márton. Revisitando a proporcionalidade: da análise de seus possíveis usos à crítica que seu abuso no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 145, p. 165-200, dez. 2018, p. 168. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/839/Ajuris145DT7.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

3.1 O princípio da proporcionalidade enquanto critério material para a aferição da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais (proibição de excesso)

Os entendimentos atuais acerca da proporcionalidade se devem em grande parte aos estudos dos juristas alemães dos últimos séculos, que enriqueceram o debate em torno dos aspectos primordiais do princípio em comento.

Dessa forma, a doutrina, a princípio, destacou a existência de três subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. São eles a pertinência ou aptidão; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), também chamado de adequação, significa averiguar se determinada medida representa meio idôneo para atingir determinado fim.²⁸

O segundo subprincípio, da necessidade (*Erforderlichkeit*), importa identificar, dentre todos os meios capazes de satisfazer determinado desígnio, qual configura o menos nocivo aos interesses do cidadão, afastando-se aqueles que se apresentarem como mais gravosos.²⁹

A palavra *necessidade*, conforme explica Haeberlin, contém duplo significado: um lexical, de imprescindibilidade, que é o coloquialmente conhecido, e o outro jurídico, para o qual “necessidade” importa a inexistência de outro meio que melhor atinja o fim pretendido³⁰, que é justamente o que aqui se coloca.

Dessa forma, enquanto a pertinência requer a averiguação da adequação do meio para alcançar determinado fim, a necessidade demanda o exame de alternativas, impondo que deverá ser escolhida aquela mais interessante aos interesses sociais.

Por fim, o terceiro e último subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), “exige levar a cabo uma ponderação de bens entre a gravidade ou intensidade da intervenção no direito fundamental, de um lado, e, de outro, o peso das razões que a justificam”³¹.

²⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 405.

²⁹ Ibid., p. 406.

³⁰ HAEBERLIN, op. cit., p. 178.

³¹ BOROWSKI, Martin, citado por HAEBERLIN, op. cit., p. 178.

Trata-se, portanto, de uma ponderação entre as desvantagens do meio escolhido com as vantagens do fim almejado, em relação de custo-benefício. O resultado positivo nessa balança aponta a proporcionalidade da medida, demonstrando que ela não foi desproporcionalmente onerosa.

Cumpre destacar que essa sua função de relacionar os fins e os meios utilizados, como forma de evitar o desnecessário, fez tão estreita a ligação entre proporcionalidade e a ideia de proibição de excesso que tornou-se comum a sua conceituação dessa forma, o que, em última análise, também é adequada.

Com efeito, Bonavides explicita que mesmo entre os juristas alemães havia controvérsias acerca dos elementos da proporcionalidade, havendo inclusive quem o conferisse outra denominação e composição, a exemplo de Lerche³², que, omitindo o subprincípio da adequação, unia os dois últimos sob a designação de proibição de excesso (*Übermassverbot*)³³.

O termo “excesso” já era utilizado nesse contexto por Jellinek, e, apesar dessa denominação não ter obtido acatamento generalizado, consagrou-se na doutrina clássica, tendo sido utilizado com ampla aceitação pela Corte alemã, que, inicialmente, apresentou muitas vacilações terminológicas relacionadas ao princípio da proporcionalidade.

Cumpre destacar, entretanto, que, dada a sua complexidade, os estudos acerca do princípio da proporcionalidade não se exaurem apenas em seus subprincípios. Como destacado, com o passar do tempo, referido princípio conquistou proporções constitucionais, passando a reger todos os atos oriundos do poder público e desempenhar importante papel no resguardo dos direitos fundamentais, razão pela qual importa tecer breve abordagem histórica nesse sentido.

3.2 A evolução do princípio da proporcionalidade rumo ao seu *status constitucional* de garantidor dos direitos fundamentais

³² Peter Lerche apresentou importante obra na construção da proporcionalidade no direito público alemão, intitulada “*Excesso e Direito Constitucional — sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade*”, de 1961, a qual consagrou a distinção desses dois aspectos do princípio da proporcionalidade, o qual convencionou chamar de “Princípio da Proibição de Excesso”: o “princípio da exigibilidade” (necessidade) e o da proporcionalidade em sentido estrito.

³³ Op. cit., p. 413.

Como já posto, a noção de proporcionalidade cresceu juntamente com a própria evolução do Estado. Com efeito, o Estado liberal de direito, que deixara como um dos maiores legados a vinculação à supremacia do princípio da legalidade, vigorou até o fim do século XIX, quando seu individualismo e abstencionismo já não eram mais capazes de se manter diante dos anseios sociais, que exigiam direitos e justiça social, ou, em outras palavras, uma atuação positiva do Estado.

Foi o declínio desse Estado de Direito, seguido da ascensão do Estado social, marcado pela constitucionalidade e deslocamento dos direitos fundamentais para o centro de gravidade da ordem jurídica, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, que conferiu a dignidade de *status* constitucional ao princípio da proporcionalidade.³⁴

Nesse sentido, complementa Bonavides, fazendo referência a Cappelletti:

Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-se em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional daquela a que se referiu Cappelletti, relativa ao incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade.³⁵

A antiga concepção liberal-burguesa, atribuía ao Estado uma feição hostil aos direitos fundamentais, entendendo que ele deveria ser contido em seu poder intervencionista. Em contraposição a isso, a primeira metade do século XX fora marcada pelo surgimento de Estados fortes e extremamente intervencionistas, que carregavam sobre si a promessa de promover os ideais de igualdade e justiça sociais.

Foram as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, sobretudo pelos países de regimes autoritários, que levaram as nações a formarem a Organização das Nações Unidas e assinarem, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que seria um marco no comprometimento com a efetivação dos direitos fundamentais, fixando como núcleo irradiador desses direitos a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o advento do Estado social, aliado à crescente constitucionalização de princípios e direitos fundamentais pós Segunda Guerra, foi fundamental para o surgimento de mecanismos de controle de constitucionalidade, dentre os quais o

³⁴ Ibid., p. 407.

³⁵ Ibid., p. 408.

princípio da proporcionalidade passou a desempenhar substancial papel em sua vertente de “proibição de excesso”.

Essa dialética histórica marcada pelas duas fases do Estado de Direito, como se pode notar, torna clara a dupla função do Estado no resguardo dos direitos fundamentais: a de não intervir quando não for necessário, sob pena de caracterizar excesso, e a de intervir quando assim a coletividade exigir, a fim de sanar injustiças sociais.

Dessa maneira, esse equilíbrio entre excesso e insuficiência de ingerência estatal na tutela dos direitos fundamentais tornou-se função do princípio da proporcionalidade, implicando num dever de proteção, de uma atuação positiva do Estado, configurando este dever como o elemento de legitimação de sua intervenção na esfera privada.

Nesse sentido, nas palavras de Maria Luiza Schafer,

O princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites — máximos e mínimos — de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscado pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos — arbitrariedades — estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.³⁶

Na seara penal, este dever se traduz no âmbito legislativo, através da edição de leis protetivas aos bens jurídicos sociais, cujas medidas punitivas devam corresponder à gravidade do delito; e também no âmbito judiciário, por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, da aplicação adequada da pena no julgamento de crimes, e, como será explanado linhas à frente, da supressão de lacunas, omissões e medidas insuficientes do poder público que representem violações aos direitos fundamentais.

3.3 O anverso da proibição de excesso: a vedação à proteção deficiente

Viu-se que a superação do Estado liberal para o Estado social implicou numa mudança de paradigma relacionada à posição do Poder Público quanto à proteção dos direitos fundamentais. Antes, o Estado se situava, numa concepção

³⁶ Op. cit., p. 54.

liberal-burguesa, como inimigo dos ideais de liberdade, resguardando os direitos individuais meramente através de um dever de intervir minimamente.

Até esse ponto, a proporcionalidade era vista apenas sob uma perspectiva unilateral, proibindo que “o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso”.³⁷

Agora, o papel do Estado passa a ser de proteger agregadamente o conjunto de direitos fundamentais também de segunda e terceira dimensão. É nesse sentido que Lênio Streck aduz não poder mais se falar em uma função de proteção negativa do Estado, a qual convencionou chamar de garantismo negativo, mas sim em um garantismo positivo, baseado em uma postura ativa de efetivação desses direitos fundamentais.³⁸

Com efeito, assinalam Bertusso e Baracat que:

no pensamento liberal, o princípio da proporcionalidade estava ligado apenas ao conceito de proibição de excesso por parte do Estado (proteção negativa ou vertical), todavia, seu contrário surge com a modificação dos paradigmas do direito, se passa à exigência de atuação por parte do Estado na proteção dos Direitos Fundamentais.³⁹

É dizer, em outras palavras, que há ofensa à ordem jurídica tanto quando eventuais excessos são praticados, como também quando a há insuficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a chave para a compreensão da vertente de vedação à proteção deficiente no direito penal, reside no fato de que não apenas o Estado pode se afigurar como inimigo das liberdades individuais, mas, também — e principalmente —, qualquer poder social de fato. Estamos falando, portanto, de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que visa a proteger o indivíduo do próprio indivíduo.

³⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. p. 19. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 03 de Novembro de 2019.

³⁹ BERTUSSO, Magna Boeira; BARACAT, Eduardo Milléo. Princípio da vedação de proteção insuficiente aplicável ao delito de redução de pessoa à condição análoga a de escravo. **Revista Pergurso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 125-159, 2016, p. 135. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1729/1123>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

Em se tratando de direito penal, este, por si só, já cumpre perfeitamente esse duplo viés do princípio da proporcionalidade: ao mesmo tempo em que protege o indivíduo de uma repressão desmesurada por parte do Estado, limitando o seu poder de intervenção, também protege a sociedade do abuso de direito de outros indivíduos, combatendo o crime.⁴⁰

Daí falar-se em um garantismo integral, e não mais somente negativo, com vistas a reduzir a esfera de atuação do Estado com o fim de assegurar a liberdade através de um dever de abstenção.

Sobre o tema, vem a calhar as colocações feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto vista proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS. No caso, buscava-se extinguir a punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra uma menina de oito anos, de quem abusou por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando, com o seu agressor, uma união "estável". Do corpo do voto do ministro, extrai-se o seguinte:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.⁴¹

Essa, em verdade, foi a primeira aplicação do princípio no Brasil, que se deu em julgado da Suprema Corte, tornando-se um marco do reconhecimento do viés positivo do garantismo.

Sobre as origens do princípio da vedação à proteção deficiente do Estado (*Ütermassverbot*), cumpre ainda destacar o seu primeiro reconhecimento em sede de controle de constitucionalidade no Tribunal Constitucional Alemão, que, em 1993, ao decidir sobre alguns dispositivos de leis de reforma ao Direito Penal no tocante à interrupção da gravidez, impugnados pelo governo da Baviera pela via do controle abstrato de normas, fez referência ao princípio, enunciando que o Estado deve

⁴⁰ ROXIN, Claus, citado por STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 20

⁴¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418376 MS**. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 23/03/2007 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205553>. Acesso em 21/10/2019.

“adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência).”⁴²

Percebe-se, portanto, que apesar de vincular o Estado como um todo à Constituição, enquanto imperativo de tutela, a proibição de insuficiência está tradicionalmente direcionada ao Legislativo, impondo a proteção dos direitos fundamentais através da adequada edição de leis.

Consequentemente, encontra sua aplicação também em sede de jurisdição no tocante ao controle de constitucionalidade, a fim de sanar eventuais omissões ou medidas insuficientes por parte do Poder Público com relação à tutela dos bens jurídicos constitucionais.

Dessa forma, a vinculação de todos os atos estatais à Constituição, da qual deriva o duplo viés da proporcionalidade, tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador.⁴³

Ainda sobre a aplicação do princípio na Suprema Corte, importa mencionar outro voto do Ministro Gilmar Mendes, desta vez no tocante à regulamentação da utilização das células-tronco embrionárias humanas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510), que, apesar de longo, sintetiza em verdadeira aula todo o estudo aqui colocado acerca da dupla face do princípio da proporcionalidade:

A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos

⁴² MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Berlim: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2005, p. 275.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, mar. 2005, p.180

fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [...] Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Uma análise comparativa do art. 5a da Lei nº 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).⁴⁴

Apesar do crescente reconhecimento do princípio da vedação à proteção insuficiente na doutrina pátria, assim como na jurisprudência da mais alta Corte do país, é de se verificar a inexistência de uma dogmática mais completa e sofisticada, quando comparado com a tradicional faceta de proibição de excesso do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, Ingo Sarlet aponta resistência da doutrina, com certo grau de ceticismo relacionado à uma construção doutrinária em torno da vedação de

⁴⁴ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 DF**. Relator Min. ROBERTO BARROSO, Data de julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe 28/05/2010 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em 21/10/2019.

insuficiência. Destaca que um dos argumentos usados é o de que esta já se encontra abrangida pela proibição de excesso, uma vez que o máximo exigido em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.⁴⁵

Mas é justamente essa congruência entre os dois vieses da proporcionalidade que permitem uma aplicação simétrica de tantos aspectos da vertente da proibição de excesso, na vertente da vedação à proteção deficiente. Como demonstrou o Ministro Gilmar Mendes no voto acima transrito, também é possível submeter uma medida estatal que se proponha a proteger suficientemente um direito fundamental aos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de saber se tal medida é plenamente proporcional.

Isso porque os subprincípios do princípio da proporcionalidade, para além de aferir eventuais excessos, servem para estabelecer a justa medida da atuação estatal, motivo pelo qual também podem ser utilizados para aferir a insuficiência.

Por fim, é importante dizer que o descobrimento relativamente recente desse outro lado do garantismo ainda não possui um limite de aplicação totalmente delimitado. Como exposto, a doutrina que trata do assunto refere-se ao dever legislativo de proteger suficientemente os bens jurídicos constitucionais, mas, como se verá no próximo capítulo, há inovações no tocante à sua aplicação no âmbito jurisdicional no direito penal, o que pode ser bastante preocupante do ponto de vista da segurança jurídica.

Nessa perspectiva, mister se faz a análise das decisões do TJCE, o que deverá ser feito à luz dos elementos do princípio da proporcionalidade, sopesando os bens jurídicos conflitantes a fim de concluir-se pela legitimidade ou não da medida tomada reiteradas vezes pelo tribunal.

⁴⁵ Op. cit.

4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TJCE

Uma vez analisado o instituto da prisão preventiva, com o devido enfrentamento da questão do fundamento da ordem pública, do problema da definição de um prazo razoável para o processo e as implicações do reconhecimento do excesso de prazo; bem como a origem, os fundamentos e o contexto tradicional de aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente, faz-se fundamental a análise das decisões do TJCE, vez que cruzam as duas temáticas em suas decisões concernentes à pedidos de liberdade.

4.1 Histórico da jurisprudência do TJCE quanto à aplicação do princípio na manutenção da prisão preventiva

Com efeito, tem-se observado desde 2015, pelo Tribunal Alencarino, a manutenção da prisão preventiva em casos de reconhecido excesso de prazo pelo tribunal referido, sob o fundamento de que, em determinadas circunstâncias, considerando a periculosidade e risco de reiteração delitiva do sujeito, não estaria o Estado autorizado a relaxar sua prisão, sob pena de proteger deficientemente o bem jurídico social da segurança pública, o que seria vedado de acordo com o princípio da “vedação à proteção deficiente do Estado”.

Nessa via, em Trabalho de Conclusão de Curso que possuía igualmente referidas decisões como objeto de discussão, José Victor Ibiapina Cunha Morais realizou interessante pesquisa estatística para aferir os critérios utilizados pelo Tribunal em questão para aplicar o princípio da vedação à proteção deficiente.

Em sua metodologia, o autor utilizou a ferramenta de pesquisa livre do site do TJCE, buscando a expressão “PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE”, obtendo um total de 282 acórdãos, dentre os quais 169 constavam o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, excluindo, dessa forma, os acórdãos que apresentam cada palavra de maneira isolada, não correspondendo ao uso do referido princípio.⁴⁶

⁴⁶ MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha. **O garantismo penal no Tribunal de Justiça do Ceará: uma análise da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do estado.** 2018. 54f. Monografia (Graduação em Direito) — Curso de Direito, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018, p. 37.

Em seguida, os 169 acórdãos filtrados foram divididos entre os anos de 2015 e 2018 (até o mês de Abril), obtendo-se 25 julgados onde se aplicou o princípio no primeiro ano, 18 julgados no segundo, 89 no terceiro, e 37 no último.⁴⁷

Além disso, foi verificado que, dos 169 acórdãos, 167 foram prolatados em ações de habeas corpus, sendo que os outros dois ocorreram em sede de Recurso em Sentido Estrito e Embargos de Declaração, que, por não versarem sobre excesso de prazo, não são relevantes para o presente estudo.

Dentre os 167 acórdãos proferidos em sede de habeas corpus, constatou o autor que 162 deles fizeram uso do princípio da vedação à proteção deficiente por parte do Estado apesar de reconhecerem a ilegalidade decorrente da configuração do excesso de prazo.⁴⁸

Para além da pesquisa referida, ainda atualmente — novembro de 2019 — é possível constatar no sistema a invocação, pelo Tribunal, do argumento da proibição de proteção deficiente nesse sentido.

A título de exemplificação, cumpre colacionar a ementa de uma das primeiras decisões que o sistema do Tribunal aponta a utilização do princípio:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CONFIGURAÇÃO. EXCEPCIONAL PERICULOSIDADE QUE IMPEDE A SOLTURA IMEDIATA DA PACIENTE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE POR PARTE DO ESTADO-JUIZ. 1. Paciente encontra-se presa e autuada em flagrante, desde 29 de dezembro de 2014, pela suposta prática do crime tipificado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, sem que tenha iniciado a instrução criminal. 2. Sustenta a impetrante que a segregação cautelar da paciente é ilegal, tendo em vista o excesso de prazo para a formação da culpa, tendo em vista que até a presente data não foi iniciada a instrução processual, tendo sido designada a primeira audiência de instrução para o dia 07.12.2015. 3. Restou demonstrado o excesso de prazo para a formação da culpa, não sendo razoável que, numa ação simples, na qual figura apenas uma ré e não há necessidade de expedição de carta precatória, que a paciente permaneça segregada cautelarmente desde 29.12.2014, sem que tenha iniciado a instrução processual. 4. Com efeito, na hipótese, a demora é excessiva e incompreensível, razão pela qual deve ser dada a maior celeridade e atenção possível ao processamento e julgamento da ação penal proposta em face da acusada. 5. Contudo, diante da comprovada periculosidade da ré, a qual já possui condenação na comarca de Fortaleza, pelo crime de roubo e responde a outra ação penal na comarca de Itaitinga, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, (em sua vertente garantista positiva), que aliado ao princípio da proibição da proteção deficiente por parte do Estado-Juiz, que busca evitar que o Judiciário adote medidas

⁴⁷ Ibid., p. 38.

⁴⁸ Ibid., p. 39-40.

insuficientes na proteção dos direitos fundamentais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 6. Elastério temporal que não deve ter o condão de possibilitar a imediata soltura da paciente. 7. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA, recomendando que o juízo de piso adote as medidas necessárias a agilizar a tramitação da demanda, tendo em vista que trata-se de ação penal com réu preso. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em parcial consonância com o parecer ministerial, em conhecer do writ e denegar a ordem, nos exatos termos do voto do relator. Fortaleza, 29 de setembro de 2015 MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Presidente do Órgão Julgador em exercício DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Relator⁴⁹ (Grifou-se)

O julgado acima exprime bem o teor dos julgados aqui referidos. Há um reconhecimento expresso do excesso de prazo, mas a decisão do Órgão é pela manutenção da prisão cautelar.

Como precedentes do STJ, ampla gama desses acórdãos valem-se de um julgado proferido pela Quinta Turma do STJ, datado de outubro de 2013, no qual houve reconhecimento expresso do excesso de prazo, mas foi mantida a prisão preventiva, sem contudo fazer menção ao princípio da vedação à proteção deficiente, destacando, no caso, apenas que “a comprovada periculosidade do réu, [...] permite que, excepcionalmente, o excesso de prazo não implique sua imediata soltura.”⁵⁰

Assim, o atual tema ganha relevância na medida em que se verifica a crescente utilização do princípio na denegação de pedidos de liberdade pelo Tribunal do Ceará, restando em conflito duas noções já estudadas neste trabalho: a proibição de excesso, aqui representada pela manutenção da prisão preventiva caracterizada pelo excesso de prazo, e a vedação à proteção insuficiente por parte do Estado, revestida sob a hipótese de soltura de um réu de periculosidade comprovada.

Conclui-se, dessa maneira, que houve inovação no tocante à aplicação do princípio da proibição de insuficiência pelo TJCE, que o utilizou não em caso de omissão do poder público ou de medida insuficientemente protetiva por parte do

⁴⁹ CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - HC: 06260651920158060000 CE 0626065-19.2015.8.06.0000, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data do julgamento: 29/09/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de publicação: 29/09/2015.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 37246 SP 2013/0127052-3**, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2013.

legislativo, como averiguou-se ser o seu campo tradicional de atuação, mas em decisão judicial constitutiva de liberdade, o que torna ainda mais evidente o desconhecimento de seus limites na proteção de direitos fundamentais.

4.2 Manutenção e relaxamento da prisão à guisa dos subprincípios da proporcionalidade

No capítulo 3 foi verificado que a doutrina tedesca destaca a existência de dois desdobramentos para o princípio da Proporcionalidade, o *Übermassverbot* (proibição de excesso) em contraposição à desproporcionalidade pelo excesso; e o *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente), em contraposição à desproporcionalidade pela insuficiência na proteção dos direitos fundamentais. É dizer, em outras palavras, que o Estado deve buscar a medida justa e adequada para suas ações, não podendo ficar nem além, nem aquém de seu dever de proteção.

Nessa perspectiva, em se tratando de Direito Penal, a Proporcionalidade deve reger o agir do julgador, sempre em harmonia com os ideais do Estado Democrático de Direito sobre o qual a Constituição Pátria se assenta, fundado nos direitos fundamentais e no garantismo — sobretudo em sua vertente negativa —, com o propósito de conferir ao cidadão ferramentas para se proteger do poder e arbitrariedade estatal, justamente para que não haja possibilidade daquele ficar a mercê deste, vindo a se encontrar em situação juridicamente indefinida ou incerta de violação de seus direitos (insegurança jurídica), razão pela qual são tão marcantes na ordem jurídica interna a legalidade, sendo um de seus pilares principais o devido processo legal.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, enquanto garantista em sua acepção integral, na medida em que confere ao Poder Público a prerrogativa de restringir a liberdade do indivíduo durante a ação penal, a fim de assegurar a ordem pública, estabelece que essa ação deve se concluir em prazo razoável, prevendo a garantia do *Habeas Corpus* em caso de coação ilegal caracterizada pelo excesso de prazo injustificado.

Percebe-se, portanto, devido a esse sistema legalista e garantista, um equilíbrio perfeito entre intervenção estatal na esfera privada e garantias individuais contra a atuação abusiva do Estado.

Este escopo teórico é fundamental para entender a problemática instaurada na aplicação do princípio da proteção deficiente do Estado na manutenção da prisão preventiva em casos de reconhecido excesso de prazo: uma aparente colisão de direitos fundamentais. De um lado a liberdade, a duração razoável do processo, o devido processo legal e a presunção de inocência; de outro, a segurança e ordem públicas.

Por esse motivo, merece análise a aplicação reiterada da proibição da proteção deficiente do Estado na manutenção da prisão preventiva nos casos em que já se observa o excesso por parte do Estado, no caso, por meio da coação ilegal do excesso de prazo injustificado. A questão não pode se resumir em mero conflito de interesse individual com interesse coletivo sobre o qual este último deve sempre prevalecer.

Para melhor entendermos a legitimidade da fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça, será traçado um paralelo entre as duas hipóteses conflitantes, submetendo ambas as medidas — soltura do réu e manutenção da sua prisão — aos planos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que nos permitirá enxergar qual delas distoa mais de um ideal de proporcionalidade.

4.2.1 *Plano da idoneidade*

No plano da idoneidade, como bem coloca Juliana Venturella, pergunta-se se a medida estatal é apta a satisfazer o fim legislativo a que se destina a norma jusfundamental.⁵¹

Nessa perspectiva, verifica-se que a manutenção da prisão preventiva de um sujeito comprovadamente perigoso, mesmo quando reconhecido o excesso de prazo, até poderia configurar medida capaz de assegurar a ordem pública, na

⁵¹ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público**, Rio Grande do Sul, v. 61, p. 93-111, 2008, p. 105. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2019.

medida em que estaria cumprindo a função de evitar uma possível reiteração delitiva.

Ao discorrer sobre a legitimidade do Ministério Público para interpor mandado de segurança em matéria penal, Lenio Streck pergunta se decisões concessivas de liberdade provisória, em flagrante contrariedade à lei penal processual ficariam imunes a remédios de urgência para corrigi-las.⁵²

Em seu artigo, o autor entende que seria desarrazoado que, sob o pretexto de garantir o direito de liberdade do cidadão, fosse impedido o Ministério Público de lançar mão de remédios eficazes contra decisões que indevidamente concedessem liberdade a quem a ela não faz jus.⁵³

Dessa forma, considerando que referidas decisões configurariam violações à Constituição naquilo que se entende por garantia fundamental à segurança da sociedade, inserida em seus artigos 5º e 6º⁵⁴, conclui que o Estado, em seu dever de proteção, deve colocar à disposição do Ministério Público mecanismos para corrigir tais anomalias.

Isso significa que essa aptidão para atingir determinado fim, por si, só, não poderia se desvincular de uma análise da legalidade do ato estatal questionado, dado que, ao intérprete, não é autorizado criar, *contra legem*, respaldado numa suposta “interpretação conforme a Constituição”, um medida a fim de proteger determinado bem jurídico.

Por esse motivo, Flávio Gomes recomenda cautela na aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente no direito penal:

O princípio da proibição de proteção deficiente, bastante apropriado para o âmbito dos direitos sociais, na esfera penal deve ser compreendido com grande cautela, visto que, no Direito penal, por força do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu, o que não está na lei (contra o réu) não pode ser aplicado (ainda que isso represente uma inconstitucionalidade por insuficiência de proteção). O que não está na

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico.** p. 12-13. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

⁵³ Ibid., p. 27.

⁵⁴ Art. 5º da CRFB/88, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: [...] Art. 6º da CRFB/88, *caput*: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifou-se)

lei (contra o réu) não pode ser suprido pelo juiz e o que está na lei (por exemplo: a ação penal doravante no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal é pública condicionada) não pode ser negado por ele. (...) Não se pode querer, na prática, com base na proibição da proteção deficiente, que o juiz admita o que não está na lei. A legalidade estrita, em suma, é uma grande barreira para a aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente no Direito penal.⁵⁵

Mougenot, por outro lado, acredita que o princípio se aplica não somente à criação da lei processual, mas também à aplicação da lei processual, defendendo que a violação da proporcionalidade, em qualquer de suas vertentes, acarreta a possibilidade de se sustentar a própria nulidade do ato judicial por meio de recurso ordinário, bem como prequestionar violação à Constituição e consequentemente interpor Recurso Extraordinário.⁵⁶

Em verdade, ao tratar sobre a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, Gilmar Mendes entende que, desta, decorre ainda que há de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, considerando, sobretudo, a correta aplicação do direito no caso concreto, assentando que a violação aos direitos fundamentais pode ocorrer não apenas por meio da completa inobservância da regra do direito fundamental, quanto no caso da decisão “assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo [...] ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial”.⁵⁷

Nessa perspectiva, conforme visto no segundo capítulo, o ordenamento jurídico brasileiro consagra como regra a liberdade do réu durante o correr da ação penal, guiando-se pelo princípio da presunção de inocência.

Por isso, a prisão preventiva afigura-se como medida excepcionalíssima que somente pode ser autorizada quando observados seus requisitos legais, ou seja, quando houver concretos indícios de materialidade e autoria delitiva (*fumus comissi delicti*) e quando a liberdade do acusado representar perigo à ordem pública ou à conveniência da instrução e aplicação da lei penal (*periculum libertatis*).

Quando a prisão preventiva se torna coação ilegal, no entanto, a liberdade volta a ser regra, como garantia contra a abusividade do poder estatal. Destaque-se

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123 Acesso em: 09 de novembro de 2019.

⁵⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

que tudo isso está previsto legalmente, em conformidade com a legalidade estrita, típica no Direito Penal.

Não há, portanto, ilegalidade na soltura de um réu preso por tempo desarrazoado injustificadamente, ainda que ainda presentes os motivos que autorizaram a sua prisão.

Com efeito, Sérgio Rebouças, explicita que a ilegalidade do excesso de prazo decorre da ofensa à garantia à razoável duração do processo, e que por isso o relaxamento da prisão por excesso de prazo se impõe apesar de remanescerem presentes os requisitos da prisão preventiva.⁵⁸

A manutenção da prisão preventiva, mesmo quando reconhecida a coação ilegal, por outro lado, não possui respaldo legal, sendo a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado para justificá-la, construção exclusivamente jurisprudencial.

Como exposto, têm as decisões sustentado meramente que, apesar de reconhecer o excesso de prazo no caso concreto, considerando a periculosidade do acusado e o risco de reiteração delitiva (risco à ordem pública), não está autorizado o Estado a pô-lo em liberdade, por vedação à proteção deficiente do Estado ao direito fundamental de segurança.

Ocorre que a periculosidade já compõe requisito da prisão preventiva. Dessa forma ao se considerar apenas esse aspecto no embasamento da decisão de manutenção da medida constritiva, termina a alegação da vedação à proteção deficiente do Estado por equivaler à mera prevalência da prisão preventiva sobre a garantia da liberdade ante a coação ilegal.

Com efeito, o perigo de tal raciocínio evidencia-se quando levantados os seguintes questionamentos: a partir de que momento deixa o réu de representar um perigo à ordem pública? Seria apenas quando decretada, ou até mesmo cumprida a pena definitiva?

Nessa linha de pensamento, por que haveria-se de se soltar mesmo os presos que já cumpriram suas penas, em caso de não cessar o risco de reiteração delitiva? Estaria, portanto, o Estado autorizado a manter preso perpetuamente

⁵⁸ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 931.

alguém sob a justificativa de sua periculosidade e da vedação à proteção deficiente do Estado?

A obviedade desta última pergunta leva a uma outra ainda mais interessante: há falar em excesso de prazo para a prisão preventiva que se manteve, apesar de reconhecido excesso de prazo, pelo princípio da vedação à proteção deficiente do Estado? Uma resposta negativa à essa pergunta seria temerária, visto que, por não haver previsão legal para a medida aqui questionada, consequentemente não há garantia individual contra ela.

Em contrapartida, a garantia basilar da *nulla coactio sine lege* implica necessariamente na previsão expressa, prévia e bem definida de qualquer tipo de coação em lei, como expressão do Estado Democrático de Direito.⁵⁹

Isso porque, para toda prerrogativa de restrição de direitos fundamentais por parte do Estado, deve haver uma garantia para o indivíduo, como forma de combater a sua utilização abusiva.

Dessa forma, criou o Tribunal cearense um impasse jurídico, no qual a soltura do réu é vedada pelo princípio da proibição de proteção deficiente, e a prisão por tempo indefinido seria vedada pela proibição de excesso.

Conclui-se, neste plano, que apesar de aptas a assegurarem a ordem pública, referidas decisões do TJCE carecem de legitimidade na medida em que contrariam a ordem jurídica, não representando repressão a medidas indevidas por parte do Estado, que, ao soltar os réus em situação prisional de reconhecido de excesso de prazo, apenas estaria cumprindo comando constitucional regulamentado em lei federal, em consonância com a legalidade estrita.

4.2.2 Plano da necessidade

No plano da necessidade, investiga-se se o meio considerado apto, é, de fato, imprescindível para promover determinado fim. Para isso, averigua-se se, dentre todos os meios igualmente aptos, o escolhido pode ser considerado o menos gravoso em termos de restrição de direitos fundamentais.⁶⁰

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, v.15, n.65, p. 209-250, mar/2007-abr/2007, p. 232.

⁶⁰ HAEBERLIN, op. cit., 178.

Nessa perspectiva, importa destacar que já existem, pela via legal, meios de permitir que o réu responda em liberdade ao resto do processo e ainda assim assegurar a ordem pública. **Tratam-se das medidas cautelares diversas da prisão**, previstas no art. 319 do CPP, a saber:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

As medidas cautelares em geral, aí se incluindo a própria prisão preventiva, seguem os dois parâmetros insculpidos no artigo 282 do CPP, quais sejam, a observância da necessidade da sua aplicação para a aplicação da lei penal, investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e da adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Dessa forma, verifica-se que ambos os parâmetros já são ínsitos ao princípio da proporcionalidade, exigindo, portanto, um juízo de ponderação que leve em conta especialmente a menor restrição aos direitos individuais na decisão que fundamentar a sua aplicação.

Nessa perspectiva, Pacelli aduz que a regra deve ser a imposição preferencial das medidas cautelares diversas da prisão, deixando a prisão preventiva apenas para os casos de maior gravidade.⁶¹

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 512.

Dessa forma, entre proibição de excesso e vedação à proteção deficiente, verifica-se que, antes da manutenção da prisão preventiva, mas depois da soltura do acusado pura e simplesmente, existem as medidas cautelares diversas da prisão para conciliar o conflito, ainda que não representem a medida que melhor proteja a ordem pública.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF⁶², reconheceu a existência de uma cultura do encarceramento no nosso país, responsável por gerar uma situação de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, caracterizando o sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”.

No caso, também se debateu a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Uma das medidas debatidas fora o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP.

Também fora pleiteado que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Apesar do indeferimento da liminar no tocante a essas medidas, ficou destacada a importância das medidas cautelares alternativas à prisão na redução da cultura do encarceramento. Na ocasião, o Tribunal ponderou tratarem-se de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos juízes, servindo positivamente como mero reforço ou incentivo.

Dessa forma, deve a autoridade judicial buscar conciliar o respeito às garantias individuais com o dever de proteger a coletividade, lançando mão, sempre

⁶² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF.** Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 11/11/2019.

que possível, da concessão da liberdade provisória mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

No caso presente, referidas medidas demonstram-se menos restritivas aos direitos individuais do preso e igualmente aptas a resguardar a ordem pública, podendo ser utilizadas como forma de promover ambos os desígnios legislativos sem incorrer em ilegalidades.

Conclui-se, no tocante ao plano da necessidade, considerando o caso concreto, polarizado entre excesso e proteção deficiente, que a manutenção da prisão preventiva é medida desnecessária, podendo ser substituída pelas medidas cautelares como forma de conciliar ambos os direitos fundamentais, sem haver abuso de poder e nem imprudência por parte do Estado.

4.2.3 Plano da proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, no plano da proporcionalidade em sentido estrito, far-se-á um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção.⁶³

Nesse sentido, Ingo Sarlet, valendo-se das lições de Christian Calliess, pondera que é justamente neste plano que se verifica a confluência entre a proibição de excesso e de insuficiência, já que nos dois primeiros planos há uma análise singularizada de seus respectivos subprincípios, ao passo que, na proporcionalidade em sentido estrito, há uma análise que leva em consideração o quadro global, ou seja, “tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais), demonstrando a necessidade de se estabelecer uma ‘concordância prática multipolar’”⁶⁴.

Dessa forma, vê-se que a liberação do preso provisório cuja prisão preventiva excedeu o limite de duração razoável, ainda que se tratando de réu de comprovada periculosidade, é medida legal e consoante com a Constituição, que visa a assegurar ao indivíduo garantias contra a arbitrariedade estatal, no que pode se chamar de proteção negativa dos direitos fundamentais.

A manutenção da prisão preventiva, caracterizada pelo comprovado excesso de prazo, fundamentada no princípio da vedação à proteção deficiente, por outro

⁶³ BONFIM, op. cit., p. 62.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 400.

lado, apesar de ser medida apta a proteger a ordem pública, carece de legitimidade por não encontrar respaldo legal e coibir o que seria uma medida totalmente legal por parte do Estado.

Assim, considerando que as decisões do TJCE relevam garantias importantes como a razoável duração do processo, a presunção de inocência e o devido processo legal — especialmente no tocante à legalidade e à segurança jurídica —; tendo em vista a possibilidade de aplicação das medidas cautelares como recurso capaz de conciliar o resguardo à ordem pública e os direitos individuais do preso, conclui-se que as vantagens do fim *proteção suficiente* não compensam, quando comparadas às desvantagens do meio excessivo, restando bem mais distante de um ideal de proporcionalidade do que seria a concessão da ordem de liberdade.

Por fim, cumpre indagar se, ao buscar proteger de maneira suficiente a coletividade por meio da manutenção da prisão preventiva em hipótese de reconhecido excesso de prazo, não estaria o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na verdade, protegendo deficientemente a coletividade ao desprezar todas essas garantias individuais, que são caras à todos dos cidadãos, não apenas aos que estão presos.

Nessa perspectiva, configuraria referida fundamentação em uma faca de dois gumes, que ao proteger suficientemente a sociedade por meio da manutenção da prisão preventiva, protegeria insuficientemente cada indivíduo em seus direitos individuais contra o abuso de poder estatal, o que, por si só, representa uma violação muito mais grave e abrangente do dever de proteção dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva é instituto que visa a acautelar a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei, e a ordem pública e econômica, afigurando-se como medida excepcionalíssima que apenas possui cabimento quando observados os requisitos autorizadores de sua imposição, que são o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

Verificou-se, no capítulo dois, que a fundamentação na garantia da ordem pública é centro de longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, por consistir em conceito jurídico indeterminado, sendo relacionado à potencialidade da reiteração delitiva do sujeito mediante a análise das circunstâncias do caso concreto.

Viu-se também que não há tempo determinado em lei para a configuração do excesso de prazo para a prisão preventiva, devendo ser aferida pelo julgador através de parâmetros de razoabilidade, que envolvam, via de regra, a presença de desídia por parte do Estado e de demora não atribuível à defesa do acusado, sendo o relaxamento da prisão medida imperiosa quando o excesso de prazo é reconhecido pelo juízo.

Além disso, o presente trabalho destrinhou o princípio da proporcionalidade em suas acepções de proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente, constatando, quanto à esta última, que ela surge num contexto de transformação do Estado, de um modelo liberal, individualista e garantidor dos direitos individuais através de uma postura de intervenção mínima, para um modelo social, preocupado em promover os direitos sociais através de uma intervenção ativa no meio coletivo, visando a resguardar o indivíduo da ação de terceiros.

Assim, a proibição de proteção deficiente revela-se como um imperativo de tutela dirigido ao Estado em todos os seus âmbitos de atuação, para que não aja aquém do seu dever de proteção dos direitos fundamentais por meio da adoção de medidas insuficientes.

Apesar da falta de uma dogmática mais sofisticada relativa ao referido princípio com relação à clássica acepção de proibição de excesso, tem-se que a sua utilização encontra-se tradicionalmente no Poder Legislativo, por meio da criação de leis que consigam proteger de maneira proporcional o bem jurídico a que se

destinam, além de encontrar terreno no âmbito do controle de constitucionalidade de leis que venham a apresentar insuficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará inovou no tocante à aplicação do princípio, invocando-o desde 2015 para embasar decisões que, apesar de reconhecerem o excesso de prazo, mantêm a prisão preventiva, alegando que a periculosidade do preso não autoriza a sua soltura por parte do Estado, sob pena deste incorrer em proteção deficiente do direito fundamental à segurança da sociedade.

Ao submeter a medida tomada pelo tribunal aos planos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verificou-se que, apesar de ser apta a resguardar a ordem pública na medida em que evita potencial reiteração delitiva, ela não encontra respaldo jurídico, sendo contrária à lei no tocante à garantia da liberdade ante a caracterização do excesso de prazo, além de ser substituível pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão como forma de conciliar o resguardo à segurança pública e a promoção das garantias individuais, principalmente quando levado em conta a gama de direitos fundamentais que são violados com as decisões do tribunal.

Ademais, ao considerar apenas a periculosidade do réu para fundamentar suas decisões, acaba o tribunal por conferir mera prevalência da prisão preventiva sobre o que seria a garantia individual contra o abuso dela, sendo completamente incompatível com o devido processo legal — pilar do Estado Democrático de Direito —, sobretudo com relação à legalidade estrita, típica no Direito penal, e à segurança jurídica.

Importa destacar que não se pretendeu, ao longo deste trabalho, exaurir o assunto, visto que isso demandaria digressões de proporções ainda maiores que monográficas, mas buscou-se evidenciar a problemática que se instaura com o entendimento adotado pelo tribunal analisado, destacando suas nuances à luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, o objeto deste trabalho ainda pode ser abordado sob várias óticas, desde uma sociológica, que insira-o no contexto da cultura do encarceramento, até outras jurídicas, a exemplo de um estudo mais aprofundado dos limites de aplicação

do princípio da vedação à proteção deficiente, ou de uma pesquisa sobre como o STJ tem se posicionado com relação à fundamentação trazida nas decisões do TJCE em sede de julgamentos de eventuais Recursos Ordinários que as tenham impugnado.

Espera-se que um dia o Supremo Tribunal venha a se manifestar acerca da constitucionalidade do fenômeno aqui estudado, visto que afeta amplo contingente de presos provisórios no Estado do Ceará, incidindo diretamente sobre garantias constitucionais consagradas, a exemplo da duração razoável do processo, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BERTUSSO, Magna Boeira; BARACAT, Eduardo Milléo. Princípio da vedação de proteção insuficiente aplicável ao delito de redução de pessoa à condição análoga a de escravo. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 125-159, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1729/1123>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Diário Oficial da União, Brasília, 07/07/1992. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 08/09/2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Diário Oficial da União, Brasília, 09/11/1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 08/09/2019

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13/10/1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 08/09/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, Brasília, 04/05/1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm. Acesso em 08/09/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.303, de 5 de setembro de 1996**. Promoveu alteração sobre a redação do art. 8º da Lei nº 9.034. Diário Oficial da União, Brasília, 06/09/1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9303.htm. Acesso em 08/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 454428 BA 2008/0142368-4**, Relator: Min. FELIX FISCHER, Data de julgamento: 14/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 19/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 499628 RS 2019/0079045-0**, Relator: Min. RIBEIRO DANTAS, Data de julgamento: 05/09/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 12/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70933 AL 2006/0258971-7**, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Data de julgamento: 06/03/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 02/04/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 37246 SP 2013/0127052-3**, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 128.195 SP**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de julgamento: 08/09/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de publicação: DJe 23/09/2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4773834>. Acesso em 08/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.751 SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de julgamento: 09/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de publicação: DJe 23/10/2012. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565251>. Acesso em 08/09/2019.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 DF**. Relator Min. ROBERTO BARROSO, Data de julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe 28/05/2010 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em 21/10/2019.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF**. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 11/11/2019.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418376 MS**. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 23/03/2007 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205553>. Acesso em 21/10/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – **HC: 06260651920158060000 CE 0626065-19.2015.8.06.0000**, Relator: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data do julgamento: 29/09/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de publicação: 29/09/2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição: temas escolhidos.** São Paulo: EDIPRO, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 7. ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público**, Rio Grande do Sul, v. 61, p. 93-111, 2008. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1981.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123 Acesso em: 09 de novembro de 2019.

HAEBERLIN, Márton. Revisitando a proporcionalidade: da análise de seus possíveis usos à crítica que seu abuso no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 145, p. 165-200, dez. 2018. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/839/Ajuris145DT7.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, v.15, n.65, p. 209-250, mar/2007-abr/2007.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Berlim: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha. **O garantismo penal no Tribunal de Justiça do Ceará: uma análise da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do estado.** 2018. 54f. Monografia (Graduação em Direito) — Curso de Direito, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.** Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Disponível em http://www.pgdisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em 10/09/2019.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico**. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 03 de Novembro de 2019.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, mar., 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2428/MariaStreckDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANEXO — Julgados do TJCE utilizados na pesquisa de José Victor Ibiapina

0625952-65.2015.8.06.0000, 0627776-59.2015.8.06.0000, 0626548-49.2015.8.06.0000,
0626863-77.2015.8.06.0000, 0626544-12.2015.8.06.0000, 0625483-19.2015.8.06.0000,
0621160-68.2015.8.06.0000, 0625071-88.2015.8.06.0000, 0624352-09.2015.8.06.0000,
0624779-06.2015.8.06.0000, 0628978-08.2014.8.06.0000, 0623644-56.2015.8.06.0000,
0622501-32.2015.8.06.0000, 0624347-84.2015.8.06.0000, 0625696-25.2015.8.06.0000,
0626065-19.2015.8.06.0000, 0625343-82.2015.8.06.0000, 0626892-30.2015.8.06.0000,
0626185-62.2015.8.06.0000, 0628548-22.2015.8.06.0000, 0628957-95.2015.8.06.0000,
0621773-88.2015.8.06.0000, 0627893-50.2015.8.06.0000, 0628478-05.2015.8.06.0000,
0628579-42.2015.8.06.0000 0630331-49.2015.8.06.0000, 0628783-86.2015.8.06.0000,
0620467-50.2016.8.06.0000, 0622535-07.2015.8.06.0000, 0620428-53.2016.8.06.0000,
0624743-27.2016.8.06.0000, 0624831-65.2016.8.06.0000, 0625562-61.2016.8.06.0000,
0620455-36.2016.8.06.0000, 0626391-42.2016.8.06.0000, 0627106-84.2016.8.06.0000,
0625245-63.2016.8.06.0000, 0029912-49.2013.8.06.0000, 0627340-66.2016.8.06.0000,
0626367-14.2016.8.06.0000, 0624756-26.2016.8.06.0000, 0626270-14.2016.8.06.0000,
0627409-98.2016.8.06.0000, 0629179-29.2016.8.06.0000, 0628917-79.2016.8.06.0000,
0620327-79.2017.8.06.0000, 0627848-12.2016.8.06.0000, 0621590-49.2017.8.06.0000,
0624033-70.2017.8.06.0000, 0620037-64.2017.8.06.0000, 0624377-51.2017.8.06.0000,
0625703-46.2017.8.06.0000, 0625384-78.2017.8.06.0000, 0625779-70.2017.8.06.0000,
0626834-56.2017.8.06.0000, 0626876-08.2017.8.06.0000, 0627925-84.2017.8.06.0000,
0628749-43.2017.8.06.0000, 0628796-51.2016.8.06.0000, 0620344-18.2017.8.06.0000,
0620051-48.2017.8.06.0000, 0620542-55.2017.8.06.0000, 0627892-31.2016.8.06.0000,
0627878-47.2016.8.06.0000, 0622109-24.2017.8.06.0000, 0621390-42.2017.8.06.0000,
0621396-49.2017.8.06.0000, 0622512-90.2017.8.06.0000, 0623260-25.2017.8.06.0000,
0000611-18.2017.8.06.0000, 0624346-31.2017.8.06.0000, 0623698-51.2017.8.06.0000,
0623975-67.2017.8.06.0000, 0625030-53.2017.8.06.0000, 0623032-50.2017.8.06.0000,
0625111-02.2017.8.06.0000, 0625776-18.2017.8.06.0000, 0624998-48.2017.8.06.0000,
0624211-19.2017.8.06.0000, 0627240-77.2017.8.06.0000, 0628631-67.2017.8.06.0000,
0620745-17.2017.8.06.0000, 0000452-75.2017.8.06.0000, 0623371-09.2017.8.06.0000,
0628745-40.2016.8.06.0000, 0627733-88.2016.8.06.0000, 0623326-05.2017.8.06.0000,
0623171-02.2017.8.06.0000, 0623364-17.2017.8.06.0000, 0622751-94.2017.8.06.0000,
0623406-66.2017.8.06.0000, 0624017-19.2017.8.06.0000, 0623047-19.2017.8.06.0000,
0625161-28.2017.8.06.0000, 0624204-27.2017.8.06.0000, 0623736-63.2017.8.06.0000,
0625157-88.2017.8.06.0000, 0625180-34.2017.8.06.0000, 0625273-94.2017.8.06.0000,
0625828-14.2017.8.06.0000, 0622699-98.2017.8.06.0000, 0626036-95.2017.8.06.0000,
0626890-89.2017.8.06.0000, 0626365-10.2017.8.06.0000, 0628003-78.2017.8.06.0000,
0628737-29.2017.8.06.0000, 0628501-14.2016.8.06.0000, 0625657-57.2017.8.06.0000,

0620111-21.2017.8.06.0000,	0626306-56.2016.8.06.0000,	0626310-93.2016.8.06.0000,
0620387-52.2017.8.06.0000,	0620606-65.2017.8.06.0000,	0621818-24.2017.8.06.0000,
0622327-52.2017.8.06.0000,	0623466-39.2017.8.06.0000,	0624149-76.2017.8.06.0000,
0623840-55.2017.8.06.0000,	0625435-89.2017.8.06.0000,	0624224-18.2017.8.06.0000,
0626388-53.2017.8.06.0000,	0626389-38.2017.8.06.0000,	0625841-13.2017.8.06.0000,
0627775-06.2017.8.06.0000,	0628001-11.2017.8.06.0000,	0630060-69.2017.8.06.0000,
0629414-59.2017.8.06.0000,	0630337-85.2017.8.06.0000,	0620277-19.2018.8.06.0000,
0630503-20.2017.8.06.0000,	0630091-89.2017.8.06.0000,	0629839-86.2017.8.06.0000,
0620325-75.2018.8.06.0000,	0620172-42.2018.8.06.0000,	0620968-33.2018.8.06.0000,
0621358-03.2018.8.06.0000,	0629047-35.2017.8.06.0000,	0629259-56.2017.8.06.0000,
0620094-48.2018.8.06.0000,	0629622-43.2017.8.06.0000,	0620450-43.2018.8.06.0000,
0620135-15.2018.8.06.0000,	0620892-09.2018.8.06.0000,	0620501-54.2018.8.06.0000,
0626272-47.2017.8.06.0000,	0627560-30.2017.8.06.0000,	0628956-42.2017.8.06.0000,
0630107-43.2017.8.06.0000,	0630521-41.2017.8.06.0000,	0629155-64.2017.8.06.0000,
0629576-54.2017.8.06.0000,	0630737-02.2017.8.06.0000,	0620635-81.2018.8.06.0000,
0620222-68.2018.8.06.0000,	0621854-32.2018.8.06.0000,	0620608-98.2018.8.06.0000,
0620308-39.2018.8.06.0000,	0620665-19.2018.8.06.0000,	0629182-47.2017.8.06.0000,
0626515-88.2017.8.06.0000,	0620460-87.2018.8.06.0000,	0620543-06.2018.8.06.0000,
0621936-63.2018.8.06.0000,	0620735-36.2018.8.06.0000.	