

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
análise de sua estrutura normativa
para a elaboração legislativa
e para a decisão judicial

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2010

4.5. Limites das restrições

Da mesma forma como o “âmbito de proteção” não pode permanecer ilimitado e absoluto, sob pena do direito *prima facie* atingir um nível expansivo tão elevado que chegue à sua “absolutização”, também as restrições não podem ser ilimitadas sob pena de levarem à supressão da norma fundamental. Para isso, a doutrina constitucional identifica formas de limitação para as restrições.

Para o presente trabalho, importam duas de modo especial, a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ambas as formas de limitação não estão expressas no ordenamento constitucional brasileiro, mas inferidas uma vez que se está diante de um Estado Democrático (e Social) de Direito, no qual há primazia dos direitos e garantias fundamentais.¹⁵²

4.5.1. Proporcionalidade: considerações relevantes para seu exame no processo penal

A proporcionalidade é um dos temas mais amplos, complexos e controversos no atual estágio dos debates de direitos fundamentais. Não deixa dúvidas a esse respeito o aumento das ocorrências de sua aplicação pela jurisprudência como, também, o significativo crescimento da produção doutrinária sobre o assunto. Esse profícuo debate doutrinário tem produzido, em quase todos os pontos desse tema, algumas divergências mais ou menos profundas e extensas e, não raro, decorrentes de opções teóricas inconciliáveis.¹⁵³

152 Sobre a importância e a consequência do Brasil ter sido instituído, por força constitucional, como um Estado Democrático (e Social) de Direito, v. item 3.5.1 supra. Quanto à incorporação pelo Brasil dos direitos humanos inscritos nos mais importantes Tratados e Convenções internacionais para se colocar ao lado das mais modernas nações do mundo no tocante ao respeito a todas as necessidades para o desenvolvimento pleno e pacífico do ser humano, v. item 3.3 e seus subitens supra.

153 Apenas a título ilustrativo, cite-se que há divergências desde sua natureza, estrutura normativa, origem histórica e fundamento constitucional na legislação brasileira. Quanto à divergência sobre sua natureza, a maioria dos autores entendem-na como “princípio”, não obstante, quando assim a ela se referem, não têm em mente um conceito normativo oposto à “regra”, conforme leciona a “teoria dos princípios”. Normalmente, quando há essa referência, feita inclusive por nós em trabalho anterior (cfr., nosso “Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira”, in: SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.), *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008), empresta-se ao termo “princípio” uma conotação de relevância e fundamentalidade sobre outras tantas indagações juspolíticas, algo a nortear exames e análises concretas (em decisões judiciais) e abstratas (em nível legislativo). Sobre a divergência terminológica do tema, na qual se inserem preferências de natureza quanto à proporcionalidade, v.: Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais* cit., item 4.4.1; idem, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abril, 2002, item 2; Suzana Toledo de BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pp. 67/72; e Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*: da defi-

Conforme já afirmado acima, ressurte incoerente aceitar-se a teoria que defende o suporte fático restrito para os direitos fundamentais e, após realizar cortes apriorísticos tanto no âmbito de proteção (excluindo-se situações, posições ou estados) quanto nas “intervenções estatais” (excluindo-se algumas formas de regulamentação ou conformação como possíveis reduções a serem analisadas) da norma, ainda se aplicar outras reduções àqueles direitos por força da proporcionalidade no exame casuístico.¹⁵⁴ Assim, ou os adeptos da teoria institucional dos direitos fundamentais (limites imanentes), por coerência, não se utilizam da proporcionalidade no momento da aplicação da norma ao caso concreto, ou estarão, de forma imprópria, cumulando erroneamente formas diversas de reduções aos direitos fundamentais.

A proporcionalidade, como garantia dos direitos fundamentais, tem seu sentido e finalidade voltados para a limitação das restrições. Logo, serve de proteção da norma fundamental para controle da constitucionalidade em dois níveis distintos: o primeiro, destinado ao campo legislativo-abstrato, pelo qual o Judiciário verifica se a elaboração legislativa apresentou justificação constitucional; e o segundo nível, relacionado com o campo concreto da aplicação e execução das leis pelo Judiciário e pelo Executivo, no caso específico.

Esse controle da justificação constitucional pela proporcionalidade, portanto, é feito em dois instantes distintos e associados,¹⁵⁵ ambos relevantes para a área processual penal. No plano abstrato, a importância do controle constitucional das leis pela proporcionalidade se mostra relevante para esse âmbito processual, no tocante à necessidade de controle da (in)constitucionalidade da legislação pelo julgador. Assim, de modo difuso ou concentrado, muitas vezes o Judiciário deverá se pronunciar sobre eventual falta de justificação constitucional de uma lei, afastando sua incidência ao caso concreto

nição à aplicação dos princípios jurídicos, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, item 3.3.3.3 e seus subitens. Em ambos os trabalhos citados de Virgílio Afonso da SILVA, com farta referência bibliográfica, defende-se a preferência em tratar a proporcionalidade como “regra”, não como “princípio”, “postulado”, “critério” ou “máxima”. Quanto à fundamentação constitucional da proporcionalidade no direito brasileiro atual, apenas para uma pequena referência doutrinária, confira-se a divergência existente entre os pensamentos de Paulo BONAVIDES, *Curso* cit., pp. 398/402; Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso* cit., pp. 312/320; Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral* cit., pp. 184/193; Suzana Toledo de BARROS, *O princípio* cit., pp. 85/94; e Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, item 2.6.

154 Sobre o tema, v. item 4.4.3.1.2 supra.

155 Sobre o duplo controle da proporcionalidade e sua incidência em níveis distintos (abstrato-legislativo e concreto-judiciário ou executivo), v. Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso* cit., pp. 326/329, e Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral* cit., pp. 194/196.

ou, se for reconhecida sua inconstitucionalidade de forma concentrada, declarar sua retirada do ordenamento jurídico. Isso ocorre porquanto o Judiciário, ao analisar o sopesamento feito pelo legislador para a elaboração do texto legal, dele (sopesamento) diverge e, portanto, entende-o (texto legal) sem justificação constitucional.

O plano concreto, contudo, é o de maior ocorrência prática para a área processual penal. Nesse âmbito, deverá o julgador examinar a proporcionalidade da aplicação de uma lei, sobre a qual já se tenha feito o primeiro controle (em nível abstrato). Assim, mesmo uma lei com justificação constitucional correta no plano abstrato da norma poderá, no caso concreto, mostrar-se desproporcional devido a sua aplicação ser abusiva ou excessiva. Por essa razão a proporcionalidade também é denominada “proibição de excesso”.

Para melhor ilustrar essa hipótese, tome-se um exemplo da área penal para demonstrar que mesmo uma lei abstratamente proporcional (justificada constitucionalmente) poderá ter sua incidência considerada desproporcional diante do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, nas situações de crimes de bagatela ou cuja conduta não gere ofensividade penal relevante.¹⁵⁶ Não se discute a justificação constitucional, no plano legislativo, *v.g.*, do crime de furto ou de sonegação fiscal; porém, se o valor furtado ou sonegado for irrisório – o que ocorre com os “furtadores de supermercado” ou com as dívidas tributárias que não ultrapassem o mínimo fixado pela Receita Federal para cobrança judicial pela Fazenda –, a aplicação da pena geraria uma desproporção entre a conduta praticada e a consequência jurídico-penal prevista. Em casos como esses é comum se afirmar, em linguagem técnico-penal, que não há “tipicidade material”. A identificação é total; pois, na linguagem técnico-constitucional, a proporcionalidade é tida como a forma primaz de verificação “material” da justificação constitucional.¹⁵⁷

Na doutrina dos direitos fundamentais, normalmente preocupada com o âmbito legislativo e o controle da constitucionalidade na produção das normas, é comum que toda a ênfase no estudo da proporcionalidade se dê aos elementos da “adequação”, da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.

156 Sobre a falta de ofensividade não atender à necessidade, um dos filtros existentes no exame da proporcionalidade, *v. Mariângela Gama de Magalhães GOMES, O princípio cit.*, item 3.3. Sobre os crimes de bagatela não passarem pelo crivo da proporcionalidade em concreto, *v. Gilmar Ferreira MENDES, Inocência Mártires COELHO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, Curso cit.*, p. 329.

157 Nesse sentido. *v. Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, Teoria geral cit.*, p. 191.

to”.¹⁵⁸ Porém, quando se aplica o seu exame no campo processual penal deve se ter como já fixados determinados pontos relevantes antes de ingressar no exame daqueles três elementos.

Esses pontos prévios, no estudo da presunção de inocência, assumem papel importantíssimo. São eles (i) a existência de norma infraconstitucional, porquanto nenhuma restrição poderá ocorrer no campo criminal (penal ou processual penal) sem prévia existência de lei que a preveja (impositivo das legalidades penal e processual penal), e (ii) que ela seja justificada teleológica e constitucionalmente, isto é, seja fruto de um aceitável sopesamento constitucional ao menos no campo abstrato da norma. A peculiaridade dessa área processual impõe, ainda, que o exame sobre aqueles pontos pressupostos seja sempre realizado por juiz competente e por meio de decisão fundamentada.

É dessa forma que a doutrina vem aceitando que o exame da proporcionalidade na área processual penal se faça tendo em vista a existência de pressupostos (legalidade e justificação) e requisitos extrínsecos (judicialidade e motivação), antes que se realize o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento ou ponderação), entendidos como “requisitos intrínsecos” da proporcionalidade *lato sensu*.¹⁵⁹

158 Conforme se entenda a proporcionalidade como princípio, regra ou critério, a doutrina denomina esses elementos como “subprincípios”, “subregras” ou “subcritérios”. Por ser irrelevante o debate ao tema do trabalho, denominaremos todos de “elementos” ou “fases” do exame da proporcionalidade. Voltado ao âmbito legislativo, Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais cit.*, item 4.4.5 diferencia sopesamento (sinônimo de proporcionalidade *strito sensu* ou ponderação) de proporcionalidade *lato sensu*. Para ele, o sopesamento é o principal modo de o legislador elaborar leis infraconstitucionais, fase em que não ocorreria proporcionalidade *lato sensu*. Ela também não ocorreria na aplicação do caso concreto em hipóteses bem mais raras e nas quais falte norma infraconstitucional a corporificar a restrição. Conquanto não seja aplicável ao âmbito criminal (penal e processual penal), porque nessa área sempre há necessidade de lei infraconstitucional prevendo a restrição (princípio da legalidade material e processual), vale destacar a razão pela qual, na sua concepção, não haveria proporcionalidade *lato sensu* no âmbito legislativo ou em casos concretos raros para os quais não haja lei infraconstitucional restritiva. Nas suas palavras: “A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões - (a) a medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) a medida é necessária? e (c) a medida é proporcional em sentido estrito? -, é mais do que óbvio que ‘deve haver uma medida concreta que será testada’. Isso é o que deveria ter ocorrido, por exemplo, no caso da ADI-MC 2566: nas três perguntas acima, bastaria substituir ‘medida’ por ‘vedação de proselitismo nas emissões de radiodifusão comunitária’. Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, ‘falta essa variável de referência’. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade” (*op. cit.*, p. 179).

159 Essa divisão doutrinária foi concebida por Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO em sua obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990, sendo seguido por autores processuais penais pátrios como Antonio SCARANCA FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, cap. 4, item 4.5, e Fábio Machado de Almeida DELMANTO, *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. 2. Também preferimos essa forma de analisar a proporcionalidade, nesse sentido *v. o item 1 de nosso Publicidade cit.*, Convém ressaltar, a bem da verdade, que não obstante essa posição,

Essa opção expositiva da doutrina processual não conflita com a tradicional doutrina dos direitos fundamentais, apenas muda a forma de classificar aquilo que os constitucionalistas já aceitavam. A doutrina constitucional não nega, em verdade pressupõe, de forma expressa ou implícita, que o exame do conteúdo da proporcionalidade tenha como os dois primeiros passos o exame da “licitude do propósito perseguido” e da “licitude do meio utilizado”,¹⁶⁰ pontos que a citada doutrina processual chama, respectivamente, de pressupostos material (justificação teleológica ou constitucional) e formal (legalidade).

Na área criminal (penal ou processual penal), por força de disposições constitucionais,¹⁶¹ por não se admitir intervenção estatal sem prévia lei (“*nullum crimen sine lege*” e “*nulla coactio sine lege*”), o exame desses dois pressupostos se mostra relevante. Porém, pelos influxos das correntes criminológicas e de distintas opções de política criminal incidirem exatamente neste instante, para o exame da presunção de inocência o estudo detido daqueles pressupostos torna-se indispensável.¹⁶²

Como na área processual penal, ainda por força de disposições constitucionais, salvo limitadas exceções,¹⁶³ também não se admite qualquer intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão sem ordem judicial motivada, mostra-se relevante o estudo, mesmo que em breve referência neste capítulo, do que tem sido chamado de requisitos extrínsecos da proporcionalidade *lato sensu*: a “motivação” e a “judicialidade”.

há autores que preferem manter, mesmo para o campo processual penal, a tradicional divisão da doutrina constitucional da proporcionalidade apenas em seus elementos de “adequação”, de “necessidade” e de “proporcionalidade em sentido estrito” (ponderação). Nesse último sentido destacada, v., por todos, Flávia D’URSO, *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*, São Paulo: Atlas, 2007, item 8 e seus subitens, e Denilson Feitoza PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, cap. 7 a 9.

160 Nesse sentido, v. Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral* cit., pp. 198/205. Citados autores inclusive deixam claro que o exame da “adequação” e da “necessidade” “pressupõe” (*op. cit.*, p. 209) e tem como “exame preliminar” (*op. cit.*, p. 204) a triagem no âmbito da “licitude do propósito perseguido” e da “licitude do meio empregado”.

161 São dispositivos constitucionais nesse sentido: para o campo material penal, o inciso XXXIX do artigo 5º da CR (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”) e, para o campo processual penal, por influência do aspecto material (“*substancial due process of law*”) do devido processo penal, o inciso LIV do mesmo artigo (“*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”).

162 Sobre o tema, v., notadamente, itens 5.4.2.3.1 e 5.4.2.3.2 infra, quando se trata da motivação judicial na presunção de inocência como “norma de juízo”.

163 Como exceção de medida restritiva autorizada pela Constituição sem ordem judicial prévia, veja-se a possibilidade de prisão em flagrante delito (art. 5º, inciso LXI, primeira parte, CR), a qual deverá ser, no entanto, imediatamente comunicada ao juiz (art. 5º, inciso LXII, CR) para que a verificação posterior de judicialidade da medida se dê no menor tempo possível.

Todos esses aspectos (legalidade, justificação teleológica ou constitucional, motivação e judicialidade, além das tradicionais adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) serão analisados nos itens seguintes. A exposição, contudo, se dará por duas perspectivas: a primeira, de que o destacado visa atender as necessidades do tratamento que se dará à presunção de inocência no próximo capítulo; e, a segunda, de que a análise dos sete pontos citados será feita, tanto quanto possível, pela perspectiva do controle judicial da proporcionalidade da norma processual penal infraconstitucional quer no plano abstrato (de previsão normativa) quer casuístico (de aplicação e execução da norma).

4.5.1.1. (segue): legalidade e justificação constitucional

A legalidade processual penal, como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, auferir toda sua justificação e impositividade do texto expresso da Constituição. O preceito do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR), em sua feição material (“*substantive process of law*”), associado às regras da legalidade geral (art. 5º, inciso II, CR) e penal material (art. 5º, inciso XXXIX, CR), formam a base jusfundamental que determina a imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo. Esse é o ponto de união entre os dois pressupostos tratados neste item: é imprescindível uma lei formalmente correta e com um fim constitucionalmente justificável.

Partindo-se desse ponto de necessária intersecção entre os dois pressupostos, vejamos melhor como cada um deverá ser compreendido em sua extensão.

A noção de legalidade processual penal deriva, indubitavelmente, de todo o desenvolvimento da regra da legalidade para o campo penal material.¹⁶⁴ Se não se discute mais a impositividade da parêmia “*nulla poena nullum crimen sine lege*”, o mesmo se dá com sua correspondente projeção processual (“*nulla coactio sine lege*”) e pela qual devem ser “tipificadas” tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intervenções processuais no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁶⁵ Nessa transposição de áreas jurídico-criminais, os atributos inerentes a toda lei penal material serão também ínsitos às

164 Nesse sentido, v. Fernando FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 89/91, e Manuel JAÉN VALLEJO, *Principios constitucionales y derecho penal moderno: estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, pp. 28/31.

165 Nesse sentido, v. Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., p. 77.

normas processuais penais infraconstitucionais, de finalidade restritiva, pois elas deverão ser prévias, escritas e estritas. Dessas características ressurte a anterioridade e especificidade normativa. Tal qual no âmbito penal, não se pode restringir direito fundamental sem lei processual anterior que determine o modo, a intensidade e a finalidade da restrição.¹⁶⁶

Exemplo dessa exigência já foi anteriormente citado quando se tratou do suporte fático amplo.¹⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal, entendendo que a reserva qualificada de lei, inserida no inciso XII do art. 5º, CR,¹⁶⁸ não estava atendida pela aplicação dos preceitos do Código de Telecomunicações, entendeu ilícita interceptação telefônica realizada sem lei anterior e que viesse para colmatar aquela reserva de lei imposta constitucionalmente, mesmo reconhecendo que a interceptação declarada ilícita tinha decorrido de ordem judicial e sido baseada em lei prévia.¹⁶⁹ No caso, havia justificação constitucional, judicialidade e motivação para o ato; porém, por falta de lei processual específica (“meio”) e exigida por determinação jusfundamental, a intervenção estatal tornou-se violação (invasão indevida), constitucionalmente ilegítima, conduzindo à ilicitude daquele meio de obtenção de prova.

Tão importante quanto a anterioridade, para nosso estudo, coloca-se a qualidade da clareza e especificidade da lei processual; a lei deve ser estrita. Não obstante se admita a analogia e a extensividade na aplicação da lei processual penal,¹⁷⁰ não se poderá nela inserir termos imprecisos ou abertos que permitam o descumprimento da justificação (teleológica) que o legislador fixou em sua formação ou da justificação (constitucional) que a Constituição exige para haver conformidade daquela norma.

166 O mais recente Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, elaborado por Comissão nomeada pelo Senado Federal, determina, em seu art. 514, inserido no Título I (“Disposições Gerais”), do Livro III (“Das Medidas Cautelares”), a necessária legalidade de toda a medida cautelar, *in verbis*: “As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução penal e de reparação civil, (...)”. Negando um “poder geral de cautela” para o juiz penal, exigindo sempre a existência prévia de lei no campo da prisão provisória, v. Silvio César Arouck GEMAQUE, *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*, São Paulo: RCS, 2006, pp. 77/78.

167 Sobre o tema, já se tratou no item 4.4.1 supra, nota 57.

168 “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” – grifo nosso.

169 Nesse sentido, v. nossos comentários, com farta indicação jurisprudencial, em Interceptação telefônica, in Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO (coord.), *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 1764/1774.

170 Preceitua o art. 3º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

A lei processual não poderá determinar qualquer restrição ou restrições que, mesmo quando não vedadas constitucionalmente, se façam em moldes abertos e imprecisos a facilitar o abuso em sua aplicação. Com isso não se afirma que somente poderá existir lei para atender alguma restrição exigida constitucionalmente por meio de reserva legal.¹⁷¹ Pode haver elaboração de lei processual de conteúdo restritivo, porém, e exatamente por ser destinada a melhor explicitar o preceito jusfundamental, ela deverá ser descrita da forma mais precisa e estrita possível. Tudo a fim de evitar que, da vagueza do texto normativo, derivem interpretações que atinjam o âmbito de proteção da norma em áreas vedadas pela Constituição (sem justificação constitucional).¹⁷²

Assim, não haver permissão constitucional expressa para se regulamentar espécies de restrição patrimonial ao imputado (p.ex., apreensão, seqüestro, arresto, etc.) ou algumas modalidades de prisão provisória (p.ex., prisão temporária), não significa afirmar que esteja vedada a elaboração dessas previsões de leis restritivas. Ocorre, porém, que essas previsões, para estarem conforme a Constituição, devem ser elaboradas de forma estrita, clara e precisa. O excesso ou a lassidão no texto normativo das leis poderá ocorrer tanto por meio de uma redação para além do constitucionalmente devido, como também por uma redação extremamente vaga e imprecisa. Em ambos os casos (restrição legal expressamente ampla ou restrição legal por meio de uma redação vaga) não haverá justificação constitucional para a norma processual. No seu exame no plano abstrato, uma previsão legal excessivamente restritiva (por amplitude redacional ou vagueza de expressões) será considerada desproporcional (sem ponderação) e, portanto, inconstitucional.

Entendido que é apenas por meio das normas infraconstitucionais que se podem promover intervenções estatais nos direitos fundamentais do indivíduo, percebe-se que a lei processual penal será o meio pelo qual essa intervenção se realizará. Não basta, contudo, ser formalmente correta, deverá, no plano abstrato, ou seja, no instante de sua formulação legislativa, possuir um propósito também constitucionalmente justificado, ou seja, não poderá ter sua justificação teleológica contrária às determinações constitucionais.

171 Giulio ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 6ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 1984, pp. 36/37, tendo em vista a presunção de inocência, afirma a necessidade de que para toda restrição à liberdade, no curso do processo, deve haver reserva de lei.

172 Nesse sentido, v. Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral cit.*, pp. 200/201.

Ao se compreender essa relação entre as justificações constitucionais da finalidade e da existência da lei processual, entende-se, por exemplo, por que não se admitia a tortura, como método de realização de depoimentos, muito antes de ela ser tipificada como crime (Lei 9.455/97) em nosso ordenamento interno. Regular a atuação por meio de tortura já seria uma inconstitucionalidade na elaboração do meio (normas processuais que a instituíssem como técnica de interrogatório), porquanto seria a antítese do preceito da dignidade da pessoa humana, que está à base de nossa Constituição.¹⁷³

Deve haver, portanto, um controle da licitude do propósito a ser atingido pela lei processual, ou seja, um controle da constitucionalidade da justificação teleológica da norma.¹⁷⁴ Controle que deve ser aferido no instante da elaboração da norma (instante legislativo) e mantido no momento de sua aplicação. O desvirtuamento da finalidade de uma medida constritiva processual penal para atingir propósito não previsto pelo legislador torna inconstitucional a medida. Uma norma infraconstitucional elaborada com fins ilegítimos (contrários ao constitucionalmente determinado) não resistirá ao crivo da proporcionalidade *stricto sensu* no campo abstrato, ou seja, será declarada inconstitucional. Porém, mesmo se abstratamente constitucional, também resultará desproporcional, agora no campo concreto de sua aplicação, se o fim, para o qual foi criada, for desvirtuado em sua realização casuística. E a vagueza e imprecisão no instante de redigir restrições a direitos fundamentais contribui para esse desvirtuamento (consciente ou inconsciente).

Exemplos de desvios de finalidade de normas processuais por descumprimento do propósito estabelecido ou pela vagueza dos termos podem ser constatados quando se observa, respectivamente, a prisão temporária e a expressão “ordem pública” que autoriza a prisão preventiva. Quanto à prisão temporária, percebe-se que sua utilização tem sido excessiva, e sua principal finalidade legislativa? qual seja, ser imprescindível para a investigação policial de um rol taxativo de crimes? tem sido deturpada para transformar essa espécie de prisão provisória em forma de pressão psicológica (violando a vedação constitucional da

173 Sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional do Estado brasileiro, v. item 3.5.2 supra.

174 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 69 e 99/106, em tudo aproxima sua justificação teleológica dos fundamentos constitucionais que se deverá obedecer para a elaboração do texto normativo, chegando a afirmar que haverá justificação teleológica se houver legitimidade constitucional e relevância social do fim almejado com a norma. Por isso tratarmos, no presente item, justificação teleológica como sinônimo do que a doutrina dos direitos fundamentais denomina “justificação jusfundamental” ou “justificação constitucional” para as restrições.

tortura¹⁷⁵) e de coagir o preso a depor (violando outro preceito fundamental que lhe garante o direito ao silêncio¹⁷⁶).¹⁷⁷ Sobre a incerteza emprestada pela expressão “ordem pública”, que será tratada melhor adiante,¹⁷⁸ cabe apenas apontar que, não raro, se utiliza dessa forma lingüística imprecisa e aberta para se prender cautelarmente, p.ex., para “garantir a credibilidade da Justiça”.¹⁷⁹

A legalidade fixa a constitucionalidade do “meio” e a justificação teleológica estabelece a constitucionalidade do “fim”; dois pontos cruciais no exame da proporcionalidade da norma infraconstitucional processual penal.

É nesse ponto de intersecção de ambos os pressupostos que se inserem as diversas correntes criminológicas e escolhas de política criminal violadoras da presunção de inocência. Conforme está exposto no capítulo seguinte, a elaboração de uma norma processual penal, cuja legalidade e justificação estejam conformes à presunção de inocência, mesmo que tenham função restritiva, é o primeiro e mais importante instante de proteção daquele direito fundamental.¹⁸⁰

175 Artigo 5º, inciso XLIII, CR: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura (...)”.

176 Artigo 5º, inciso LXIII, CR: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

177 Odone SANGUINÉ, *Prisión* cit., pp. 448/449.

178 Sobre o tema, v. item 5.4.1.2.1.3 infra.

179 Vejam-se, como exemplos, os seguintes julgados: 1 - “Habeas corpus. (...)” *Operação Themis*. (...). *Prisão preventiva decretada com base no sério agravo à credibilidade das instituições públicas. Possibilidade. Necessidade da custódia demonstrada em dados concretos. Ordem denegada. Liminar do STJ concedendo alvará de soltura ao paciente. Acatamento da decisão para manter o paciente em liberdade. I - À luz da nova ordem constitucional que consagra o princípio da presunção da inocência entre as garantias individuais (CF, artigo 5º, LVII), a prisão preventiva é medida de exceção, somente podendo ser decretada quando presentes os pressupostos previstos no artigo 312, do CPP, e desde que haja necessidade incontestável da medida. II - O sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento para a prisão preventiva. Precedente do STF. (...) VII - Ordem denegada (...)* (TRF 3 - 5ª T. - HC 2007.03.00.082262-4 - j. 22.10.2007 - DJU 13.11.2007). 2 - “Habeas corpus. (...)” *Prisão preventiva. Presença dos requisitos legais da custódia cautelar. Reconhecimento do requisito legal expresso no ‘fumus boni iuris’. Presença de risco à garantia da ordem pública. Credibilidade da justiça. Necessidade de manutenção da tranquilidade pública. Ordem denegada. (...)* 6. *Mantida deve ser a custódia cautelar quando, provada a existência do crime imputado e a presença de indícios de autoria, resultar demonstrado o requisito legal expresso no chamado ‘periculum libertatis’, que decorre, no caso, da necessidade da custódia para fins de garantia da ordem pública. 7. O conceito de ordem pública não está circunscrito, exclusivamente, ao de constituir fundamento necessário para se prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas, também, engloba a idéia de acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Repousa, principalmente, na necessidade de ser mantida a tranquilidade pública e assegurada a noção de que o ordenamento jurídico há de ser respeitado para que possa reinar a segurança no meio social. (...)* 9. *Ordem denegada*” (TRF 3 - 5ª T. - HC 2006.03.00.037734-0 - j. 10.07.2006 - DJU 15.08.2006).

180 Sobre o tema, v. itens 5.2 e 5.3 infra.

4.5.1.2. (segue): judicialidade e motivação

Ao se analisar as normas processuais penais infraconstitucionais, constata-se que, nos dois níveis de incidência da proporcionalidade (verificação da inconstitucionalidade da lei e de sua correta aplicação), o seu exame depende do Poder Judiciário. O papel do juiz no controle da justificação constitucional das normas processuais penais é irrefragável.

A imposição dessa constante presença do órgão judiciário estatal tem lastro constitucional pelas regras de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV, CR) e, outrossim, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inciso LIII, CR). De forma específica, para as prisões provisórias, a Constituição determina que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inciso LXV), e de forma mais abrangente ao direito de locomoção por decisão judicial alcançada por meio de *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII). Como outro meio de tutela constitucional de direitos fundamentais diversos do direito de locomoção, há o mandado de segurança penal (art. 5º, inciso LXIX), também este instrumento constitucional somente decidido por autoridade judiciária.

Esses preceitos constitucionais determinam que o juiz penal não poderá se afastar, em qualquer instante da persecução penal, de seu poder/dever de julgar todos os atos estatais constritivos da esfera de direitos fundamentais do indivíduo (p.ex., o de liberdade, de intimidade ou de privacidade, o patrimonial, além de todos os direitos fundamentais de cunho processual penal). Assim, o julgador deverá analisar os fatos e o direito, interpretando-os e aplicando-os, em cada instante da persecução, não apenas no momento de decisão do mérito da causa.

A “reserva de jurisdição”, entendida como uma garantia constitucional decorrente do Estado Democrático de Direito e da cláusula do devido processo legal, atribui ao Poder Judiciário, e somente a ele, o poder/dever de decidir conflitos ou controvérsias sobre a norma aplicável em uma situação concreta.¹⁸¹ No âmbito criminal (penal e processual penal), a reserva de jurisdição

181 Sobre o tema, v. nossas breves referências em Alberto Silva FRANCO e Maurício Zanoide de MORAES, Devido processo legal, in Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO (coord.), *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, cap. I, item 2.22, pp. 331/336.

compõe-se de um duplo aspecto: o “monopólio da última palavra” ou “monopólio dos tribunais” e, também, o “monopólio da primeira palavra” ou “monopólio do juiz”.¹⁸² Na área processual penal, portanto, deverá o magistrado julgar (analisar e decidir) sempre e na medida em que o ato estatal praticado e requerido interfira na esfera de direitos do cidadão.¹⁸³

Ocorre que, no exercício de seu mister, ao juiz não é dado decidir de qualquer forma, mas apenas de modo motivado e em obediência aos preceitos constitucionais. Por isso a motivação também é um preceito constitucional.¹⁸⁴

Assim, uma intervenção estatal na área processual penal somente poderá ocorrer com lei e finalidade constitucionais e quem verificará essa ocorrência, tanto no plano abstrato do exame da (in)constitucionalidade da norma quanto no plano concreto da sua aplicabilidade casuística, será uma autoridade judiciária constitucionalmente competente e por meio de uma decisão motivada.

Se com os pressupostos extrínsecos, citados no item anterior, se identifica a norma (lei processual penal) e sua finalidade (justificação teleológica/constitucional), nesse item a preocupação é definir “quem” (juiz penal) analisa e decide as questões e “como” (motivação) se darão essas análise e decisão sobre a constitucionalidade daqueles “meio” (lei) e “fim” (justificação).¹⁸⁵

No presente ponto, o mais relevante para o tema da presunção de inocência não é tanto que sempre cabe ao órgão judiciário constitucionalmente competente decidir, mas, principalmente, como deve ser a estrutura e conteúdo (motivação) dessa decisão para se demonstrar que os pontos aceitos e desenvolvidos pelo julgador não violaram, em nenhum instante de seu *iter* racional,

182 Sobre a vinculação da juridicidade à presunção de inocência, v. Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 3ª ed., Bari: Laterza, 1996, pp. 559/560. Explica o autor, com base em seu axioma A7 (“*nulla culpa sine iudicio*”, para o autor, “*principio di giurisdizionalità, anch'esso in senso lato o in senso stretto*”) e sua tese T63 (“*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”), que não se declare a culpa do cidadão até que ela esteja provada de modo definitivo, com todos os corolários que disso decorre. Sobre a relação entre presunção de inocência e reserva de jurisdição, v., ainda: Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *Significados cit.*, item 7; Giulio ILLUMINATI, *La presunzione cit.*, pp. 36/37; e Alexandra VILELA, *Considerações cit.*, p. 102.

183 Esse ponto, um tanto óbvio no presente estágio do trabalho, será de grande utilidade quando tratarmos do âmbito de incidência do “*in dubio pro reo*” e da necessária motivação judicial específica e objetiva, no capítulo seguinte, respectivamente nos itens 5.4.1.3 e 5.4.2.3 e seus subitens infra e, também, do “*favor rei*”, item 5.4.1.2 e seus subitens infra.

184 Art. 93, inciso IX, CR: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

185 Luigi FERRAJOLI, *Diritto cit.*, capítulo I, itens 1.2 e 1.3, após esclarecer que a “legalidade estrita” deriva do “convencionalismo penal”, sendo o primeiro elemento constitutivo do modelo garantista, transpõe-na ao processo penal por meio do segundo elemento desse modelo garantista, denominado por ele como “cognitivismo processual”, o qual, por sua vez, vem complementar/assegurar aquela legalidade estrita e deve ser compreendido como “jurisdizionalidade estrita”.

aquele direito fundamental. Não obstante a matéria seja tratada mais adiante, deve-se fazer breves considerações sobre a importância política e jurídica da motivação na área criminal.¹⁸⁶

Em um Estado Democrático de Direito, a motivação vem justificada não apenas por razões técnico-jurídicas, mas também por razões políticas. Politicamente a necessidade de motivação está ligada à noção de controle contra as arbitrariedades dos órgãos judiciais pela efetiva e correta aplicação do direito.¹⁸⁷ O exercício do poder público, em qualquer de seus aspectos, notadamente quando ligado à restrição de uma garantia fundamental (no caso, a presunção de inocência), deve ser realizado segundo padrões de “*legitimação racional e objetiva*”. Deve ser orientado “*por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma ‘correção argumentativa’*” como forma de buscar o “*consenso (...) por meio de uma atuação estatal que possa refletir os anseios e valores compartilhados pela maioria dos membros da comunidade política*”.¹⁸⁸

Essa legitimidade política propiciada pela motivação não significa dizer que o julgador deverá tornar-se subserviente da opinião pública ou da “opinião publicada”, assumindo discursos punitivos ou liberais desprovidos de justificção constitucional. Deve haver, na consciência judicial, uma clara diferença entre a “responsabilidade social do juiz” de informar com clareza e precisão todos os caminhos fáticos e jurídicos escolhidos em sua decisão, sem com isso se deixar guiar por razões outras que se distanciem dos fatos demonstrados nos autos ou das razões constitucionais impostas pela lei.¹⁸⁹ É a manutenção da legitimidade e do prestígio jurisdicional pela coerência contida na decisão diante das condições fático-jurídicas, não pela obrigatória identificação de sua decisão com razões estabelecidas por outros critérios manipuláveis e momentâneos.¹⁹⁰

Pela perspectiva jurídica, o dever constitucional, de que todas as decisões judiciais sejam motivadas, busca uma maior certeza do direito pela intersubjetividade criada pelos constantes debates técnicos sobre pontos e aspectos da ciência jurídica. Intersubjetividade que, exposta ao reexame jurisdicional

186 Maiores considerações sobre a formação ideológica dos magistrados e a influência que isso projeta sobre seu modo de apreender os fatos e o direito no instante de decidir, v. item 5.4.2.3 e seus subitens infra.

187 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 141/142.

188 Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

189 Nesse sentido, v. Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., pp. 616/618, e Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação* cit., pp. 80/86. Sobre a interferência da mídia na presunção de inocência como “norma de juízo”, por meio de “juízos paralelos” que violam aquele direito fundamental ao influírem na decisão judicial, v. item 5.5.1.1 infra.

190 Nesse sentido, v. Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., p. 142.

interno (mediante recursos), ou ao debate doutrinário, poderá ajudar no desenvolvimento dos institutos jurídicos.¹⁹¹

A motivação das decisões judiciais penais, portanto, permitirá não apenas constatar as razões que levaram o julgador a autorizar ou não a intervenção estatal e em que medida isso se dará. Mas também, e principalmente para a presunção de inocência, se na construção da argumentação empreendida e revelada na motivação houve a interferência de qualquer fator criminológico ou de política criminal inconstitucionais, e se a interpretação dos dispositivos se deu conforme a “presunção de culpa”, implícita ao sistema processual penal infraconstitucional, ou, ao contrário, em consonância com aquele preceito fundamental que é objeto de nosso estudo: a presunção de inocência.¹⁹²

4.5.1.3. (segue): adequação

A adequação, primeiro requisito da proporcionalidade a ser analisado, consiste em um exame empírico realizado sobre a aptidão do meio contribuir para a consecução do fim almejado. É um exame empírico porque deve ter em consideração uma relação comprovada ou comprovável de aptidão (idoneidade) segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível “fomentar” ou “facilitar” a realização do propósito almejado.

No exame da adequação, portanto, não se deve considerar que o meio “deva”, necessariamente, implicar a realização completa do fim, já que é impossível se determinar, nesse instante avaliativo inicial, se o emprego do meio realmente levará ao fim almejado.¹⁹³ Para que o meio seja considerado adequado basta que se possa estabelecer uma relação de causalidade entre ele e o fim.¹⁹⁴ Assim, uma medida é inadequada somente se for completamente imprópria a

191 Nesse sentido, v. Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação* cit., pp. 86/89; Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., p. 142; e Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais* cit., item 4.4.4.1.

192 Nas palavras de Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação* cit., p. 86, “*se na aplicação da lei não é possível excluir certa ‘discricionariedade interpretativa’, trata-se, então, de assegurar pela explicitação dos motivos um ‘controle’ que permita verificar se os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima*”.

193 Sobre a idéia de que o meio adequado é aquele que contribui e é apto a colaborar com a realização do fim, mas não uma garantia de sua realização plena, v., com citações bibliográficas nesse sentido, Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais* cit., item 4.4.2, e também Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral* cit., pp. 207/210.

194 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., p. 156.

sua relação de causalidade; caso contrário, havendo a mínima aptidão para fomentar a consecução do resultado, deverá ser considerada idônea.¹⁹⁵

Como a adequação é uma constatação de aptidão, é natural se concluir pela existência de medidas mais ou menos idôneas; isso se relaciona com o conceito de eficiência da medida em relação ao fim. No âmbito processual penal, seja ao se elaborar a lei seja no instante de requerê-la ao juízo, tem-se em conta características como a qualidade e a quantidade da medida.

Assim, há a previsão legal de que para a mesma medida (p.ex., a prisão temporária, Lei 7.960/89) – que sempre deveria ter o propósito de somente ser decretada se indispensável para a investigação – haja uma variação do tempo de sua duração (quantidade). No exemplo citado, será de cinco dias (para os crimes previstos no rol do inciso III do art. 1º da referida lei) ou de trinta dias (para os crimes definidos por lei como hediondos, para a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo).¹⁹⁶ Ainda tratando de prisão temporária, também se verifica que ela não precisa ter necessariamente esse prazo máximo de cinco ou de trinta dias de duração sempre e em todos os casos, mas poderá ser decretada em prazos menores pelo juiz, ou até mesmo haver a liberação do preso antes do término desses marcos. Logo, o fator quantidade também vale nessa perspectiva.

Nessa constatação de eficiência, é necessário se considerar critérios objetivos como a quantidade e a qualidade do meio em relação ao fim. No processo penal, tais características devem ser levadas em conta não para que se exclua definitivamente um meio como idôneo, mas para que, ao se passar ao próximo ponto (a “necessidade”), essas características (quantitativa e qualitativa) dos meios e seus diferentes graus de eficiência sejam tomadas em consideração.¹⁹⁷

Importante, ainda, destacar que, no exame da idoneidade do meio, para muitos autores não se pode deixar de considerar tanto esses aspectos objetivos, já destacados (quantidade e qualidade), quanto os aspectos subjetivos. Notadamente no processo penal, campo no qual deve preponderar o exame casuístico da restrição do direito fundamental em face de uma pessoa específica.¹⁹⁸

O exame da adequação deve ser feito de modo individualizado a cada cidadão titular do direito a ser restringido. O sujeito passivo da medida restri-

tiva deve ser identificado e suas características devem ser consideradas no exame da idoneidade do meio tanto no instante que se requer a medida, quanto no da decisão que a julgue (deferindo-a ou não).¹⁹⁹ A não individualização geraria uma maior dificuldade no instante de se avaliar a idoneidade da medida requerida. Ainda integra a preocupação do aspecto subjetivo, na avaliação da idoneidade, que a medida seja determinada em face de uma pessoa certa, não seja estendida a outrem sem um novo exame de proporcionalidade (em todos os seus pressupostos e requisitos) e, também, que uma medida não seja indeferida para uma determinada pessoa porque se mostra inidônea em face de outra.²⁰⁰

Essa preocupação de vincular a medida restritiva processual penal a pessoa específica, em face da qual ela é solicitada, vem clara na determinação do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96, denominada Lei das Interceptações Telefônicas.²⁰¹ Tal parágrafo preceitua que haja identificação dos investigados quando do instante tanto da requisição da medida quanto de seu deferimento. O descumprimento de tais cautelas propiciou, conforme noticiado pela imprensa nacional, que juíza do interior da Bahia, supondo deferir interceptações em linhas telefônicas dos investigados a ela apresentados, acabou por autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de pessoas estranhas à investigação. Outra situação, que relaciona a verificação da adequação à pessoa, pode ser imaginada em situações em que várias pessoas são acusadas de crimes diversos, sendo que uma delas é suspeita de cometer apenas crimes punidos com detenção. Nessa hipótese, por determinação legal (art. 2º, inciso III, da mesma Lei 9.296/96), a interceptação não poderá ser determinada em face daquele indivíduo, mas poderá ser determinada, se for o caso, para os demais acusados de crimes punidos com reclusão.

Importante ressaltar que no exame da adequação, embora seja natural que a medida tenha constatada a sua idoneidade em face de aspectos objetivos e subjetivos, a preocupação não deve ser a de determinar “a” medida mais ou

195 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., p. 157.

196 Conforme previsto no art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90.

197 Sobre o exame quantitativo e qualitativo como exigências derivadas do exame da adequação, v. Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 160/179.

198 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 157/160.

199 Sobre a necessidade da motivação indicar as características da pessoa a ser submetida à prisão preventiva e a razão da indispensabilidade da medida em face dessa pessoa, v. Antônio MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação* cit., pp. 225/226, *in verbis*: “Finalmente, é preciso observar que a justificação sobre a presença das apontadas exigências cautelares deve ser individualizada, sempre que houver mais de um acusado no mesmo processo, levando-se em conta as condições pessoais de cada um deles na constatação do ‘periculum libertatis’. Seria de todo arbitrário, caracterizando absoluta falta de motivação, indicar globalmente uma situação que autorize a prisão de vários acusados, sem consignar os dados individuais que indicam a necessidade da segregação”.

200 Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 179/185.

201 “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”

menos idônea, mas apenas identificar quais são “as” medidas que sirvam, em maior ou menor grau, para promover a realização do fim. A triagem comparativa entre as características será feita apenas no exame da “necessidade”

4.5.1.4. (segue): necessidade

Somente após passar pelo crivo anterior da adequação é que uma norma processual penal restritiva poderá ter examinada a sua necessidade, segundo requisito da proporcionalidade lato sensu. A adequação é um filtro seletivo em relação à necessidade, só será necessária uma medida que antes se mostrou idônea.

Diante dos meios declarados idôneos procede-se a um exame comparativo entre eles para se determinar qual é o necessário. Quando se fala em comparação, natural se perguntar quais são as variáveis a serem comparadas. No caso da avaliação comparativa da necessidade as variáveis são: a) o grau de eficiência da medida em relação ao fim almejado e b) o grau de restrição do direito fundamental a ser restringido.²⁰² Como se percebe, o exame da necessidade não é tão linear e objetivo quanto o anterior (adequação/idoneidade), implicando tomar uma posição sobre qual dessas duas variáveis (alíneas “a” e “b” supra) terá prevalência.

É natural e intuitivo, já que a idéia de proporcionalidade nasce para estabelecer um limite às restrições de direitos fundamentais, que sempre a variável prevalente será a da menor restrição prevista por norma processual penal. Logo, desprezar-se-iam todas as medidas idôneas em favor da que menos restringisse o direito. O raciocínio estará correto apenas se as medidas comparadas e desprezadas forem igualmente eficientes em face do fim almejado e tiverem apenas variações de lesividade ao direito que se quer restringir na menor medida possível. Neste caso, para dar cumprimento à finalidade da proporcionalidade, estaria protegido na maior medida possível o direito ao se optar pela medida processual penal menos restritiva.²⁰³

Ocorre, porém, que a resposta não poderá ser sempre e de modo definitivo que a medida, a ser escolhida dentre as possíveis (adequadas), sempre será a de menor restrição ao direito fundamental que se quer proteger. Poderá haver situações em que as medidas a serem comparadas apresentem diferentes graus

²⁰² Nesse sentido, v. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais cit.*, item 4.4.3.

²⁰³ Nesse sentido, v. Suzana Toledo de BARROS, *O princípio cit.*, pp. 77/79, com expresso apoio em Robert Alexy.

de eficiência no fomento do propósito almejado e lesem também de formas diferentes o direito fundamental que se quer proteger. Além do que, poderá ocorrer que entre as medidas comparadas haja igualdade de eficiência quanto ao propósito almejado (sejam igualmente idôneas), mas a que menos lesa o direito a ser protegido tenha efeitos prejudiciais a outros direitos fundamentais.

Em situações difíceis como essas, escolher qual a medida processual penal mais proporcional para o caso é a tarefa a ser empreendida no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

4.5.1.5. (segue): proporcionalidade em sentido estrito

Há uma respeitável parcela da doutrina dos direitos fundamentais que não aceita esse instante do exame da proporcionalidade, entendendo que todas as escolhas, mesmo para aqueles casos mais difíceis citados ao final do item anterior, devam ser empreendidas até o instante da necessidade.²⁰⁴

É de fato relevante essa última fase do exame e representado pela proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), porque nela se coloca em destaque que uma medida idônea e necessária para um fim almejado e específico pode aniquilar de forma completa outros direitos fundamentais no caso concreto e que não tinham sido considerados quando da elaboração da norma processual, portanto, não podem deixar de ser considerados no instante da decisão judicial.²⁰⁵

²⁰⁴ Com referência bibliográfica desse pensamento doutrinário, v. Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral cit.*, pp. 214/223. Na crítica formulada a este terceiro instante do exame da proporcionalidade lato sensu, o ponto mais destacado é um alegado subjetivismo extremado e baseado em escala de valores formada sobre padrões e escolhas criticáveis, e que isso tem “*dado azo à usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Jurisdicional. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais são heterogêneos e isso impede um sopesamento que só seria possível entre elementos comensuráveis. Do ponto de vista formal, os direitos possuem a mesma força jurídica e isso impede a hierarquização. Isso indica a impossibilidade de se efetuar uma ponderação fundamentada na Constituição. Assim sendo, quando um julgador constata que uma restrição é adequada e necessária, deve encerrar o exame de constitucionalidade ainda que discorde da opção do legislador*” (*op. cit.*, p. 230). Para esses autores citados, feita a valoração pela adequação e pela necessidade, em caso de dúvida ou equivalência não resolvida pela distribuição do ônus argumentativo dos interessados, deverá prevalecer a perspectiva do titular do direito violado e a escolha deverá se dar segundo o “*critério interpretativo geral ‘in dubio pro libertate’*” (*op. cit.*, pp. 211/213 e 222/223). Para uma resposta a essa linha doutrinária, v. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais cit.*, item 4.4.4.1, e de forma mais precisa e exauriente, do mesmo autor, v. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abril, 2002, item 5.

²⁰⁵ Nesse sentido, Suzana de Toledo BARROS, *O princípio cit.*, p. 81, assim esclarece, com base em passagem de Robert Alexy: “*A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas. A proporcionalidade ‘stricto sensu’ encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos outros princí-*

Fazer apenas uma relação entre meio e fim específicos, deixa à margem de qualquer proteção outros direitos fundamentais tão relevantes quanto aquele direito que se pretende garantir da restrição a ser implementada.

Nesse sentido é que se compreende quando se afirma que por esse nível de verificação da proporcionalidade *stricto sensu* o que se busca definir é se a medida processual penal restritiva, não obstante idônea e necessária, irá além daquilo que a realização do fim almejado seja capaz de justificar. Evita-se, com o exame desse terceiro requisito da proporcionalidade, o exagero de medidas que, tendo em vista apenas aquela relação “meio-fim” analisada nas fases anteriores, mostrou-se adequada e necessária.²⁰⁶

Para um exemplo da área criminal, pode-se citar a prisão provisória. Se há o receio, fundado em elementos objetivos e constantes dos autos, de que uma pessoa sairá do país e, portanto, poderá frustrar o resultado eventualmente condenatório da ação penal, indiscutivelmente a prisão é o mais eficiente meio para diminuir aquele receio. Por outro lado, não se nega que a prisão provisória não elimina apenas a liberdade do imputado ir e vir, mas também vários outros direitos fundamentais, tais como o direito ao trabalho, à privacidade, à educação, à saúde, ao pleno exercício da autodefesa, o direito à convivência familiar, entre tantos outros. Logo, disso se extrai que, não obstante eficiente, a prisão é a mais invasiva das medidas coativas, reduzindo (parcial ou totalmente) vários outros direitos. Dessa forma, em uma análise valorativa daquela medida (prisão) em face do receio de fuga ao exterior, melhor à preservação dos demais direitos que antes de prender seja determinada a apreensão do passaporte do imputado e sejam avisadas as autoridades de controle das fronteiras. Em uma avaliação valorativa entre as medidas adequadas e necessárias e o rol

pios da adequação e necessidade e, por isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do ‘princípio da proporcionalidade’. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre valores em jogo pode resultar na escolha da medida. Imagine-se a situação em que M1 e M2 são meios igualmente adequados para a realização de um fim F, reclamado pelo direito D1. M2 afeta a realização de D2 menos que M1, mas, em contrapartida, M1 é menos restritivo a D3 que M2. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger M1, realizar D1 e, com isto, estabelecer preferência de D3 frente a D2; b) eleger M2, realizar D1, dando-se prevalência a D2 em relação a D3, ou c) não eleger nem M1 nem M2, elegendo preferência de D2 conjuntamente com D3 frente a D1. Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito”.

²⁰⁶ Nesse sentido, v. Antonio SCARANCA FERNANDES, *Processo* cit., pp. 59/60; Gilmar Ferreira MENDES, Inocência Mártires COELHO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso* cit., p. 322; Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos fundamentais* cit., item 4.4.4; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional* cit., p. 270; e Wilson Antônio STEINMETZ, *Colisão* cit., p. 152.

de direitos atingidos, prevalecerá a escolha pela medida menos invasiva, a menos que, no caso concreto, esteja demonstrado que a prisão é a única forma para se garantir a proficuidade processual.²⁰⁷

Se a adequação é um juízo objetivo e a necessidade é um juízo comparativo, a proporcionalidade *stricto sensu*, por sua vez, é um juízo valorativo²⁰⁸ e é nesse âmbito que se realiza a ponderação indispensável entre todos os direitos fundamentais afetados ou afetáveis pela medida processual penal, já definida como idônea e necessária, para se determinar se ela será ou não realizada.²⁰⁹ Haverá um sopesamento entre os direitos fundamentais para se verificar se o fim perseguido pela medida processual penal (meio) justifica a restrição, muitas vezes total, de outros direitos fundamentais.

4.5.2. Conteúdo essencial do direito fundamental

A doutrina constitucional estrangeira, notadamente a alemã, a espanhola e a portuguesa, aponta que a idéia de “conteúdo essencial” é um limitador das intervenções no âmbito dos direitos fundamentais. Isto porque, nas Constituições daqueles países, há dispositivos que impõem ao legislador respeitar o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais.²¹⁰

Mesmo sem dispositivo semelhante em nosso texto constitucional, a doutrina nacional vem aceitando, não sem exceções,²¹¹ aquela concepção como implícita na idéia de proteção aos direitos fundamentais que a nossa Constituição claramente determina.²¹²

Não se pode deixar de inserir no âmbito dessa inegável preocupação do constituinte em garantir, da melhor forma possível, o respeito e a realização dos direitos fundamentais, a noção de “conteúdo essencial”.

²⁰⁷ Sobre o tema da necessária verificação da proporcionalidade nas medidas coativas, v. itens 5.3.2 e 5.4.1.2.1.3 a 5.4.1.2.1.5 infra.

²⁰⁸ Nicolas GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad* cit., pp. 225/226.

²⁰⁹ Nesse sentido, v. Robert ALEXYS, *Teoría* cit., pp. 114/115; Martin BOROWSKI, *La estructura* cit., p. 131; Suzana de Toledo BARROS, *O princípio* cit., pp. 82/84; e Wilson Antônio STEINMETZ, *Colisão* cit., pp. 152/153, entre outros autores.

²¹⁰ Na Constituição Portuguesa de 1976, a previsão vem no art. 18, inciso III. Na atual Constituição Espanhola, desde 1978 está inserido no art. 53.1. Para o direito alemão, está no art. 19.2 da Lei Fundamental de 1949.

²¹¹ Há corrente doutrinária que, pela falta de dispositivo legal expresso em nossa Constituição, prefere não tratar do tema no direito brasileiro. Nesse sentido, v., Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS, *Teoria geral* cit., p. 168.

²¹² De forma expressa, afirmando que a noção de conteúdo essencial advém do modelo garantístico de nossa atual Constituição, v. Gilmar Ferreira MENDES, Inocência Mártires COELHO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso* cit., pp. 309/311.