

A excepcionalidade do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado e a Súmula nº 63 do Tribunal de Justiça do Ceará

Precedent no. 63 of the Ceará Court of Justice and the exceptionality of the principle of prohibition of deficient protection of the State



Sidney Soares Filho¹

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)



José Victor Ibiapina Cunha Morais²

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Resumo: O presente trabalho propõe-se a responder ao seguinte problema de pesquisa: o Tribunal de Justiça do Ceará tem aplicado o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado de maneira excepcional, conforme preceitua a Súmula 63 do TJCE? Elencam-se como objetivos específicos para auxiliar na construção da resposta ao problema de pesquisa: identificar a correlação das teorias do garantismo penal e proporcionalidade com o princípio em estudo; identificar os critérios de aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente pelas Câmaras Criminais antes e após a edição da súmula; identificar o impacto da edição da súmula no quantitativo de decisões que aplicaram o princípio da proibição da proteção deficiente. Faz-se uso de uma metodologia mista, de

1 Pós-Doutorado na Universidade de Czeszochowa. Ministrou aulas na Rússia, Índia, Polônia, Hungria e República Checa. Doutor e Mestre em Direito, especialista em Direito Público com área de concentração em Direito Constitucional e em Direito Processual. Bacharel em Direito e em Administração Pública. Doutorando em Educação (UFC). Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade Fortaleza (UNIFOR). E-mail: sid_filho@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4107-6290>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9218335907593806>.

2 Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) (CAPES 4); Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) (CAPES 6); Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7); Pós-graduação em andamento em Direito Público e Poder Judiciário na Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC); Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Membro do Projeto de Pesquisa Empírica em Direito - PROPED de 2019 a 2022; Coordenador da 1 Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará no período de 2019-2022. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Conciliador de Justiça pelo Conselho Nacional de Justiça. Pesquisador do grupo de pesquisa Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário na Linha de Jurimetria e Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC). E-mail: victoribiapinacunha@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7395-0902>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5686725406331921>.

natureza qualitativa com abordagem exploratória e bibliográfica, servindo-se de artigos científicos, bem como livros doutrinários; também de natureza quantitativa, a partir da metodologia de análise de decisões, extraído-se acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Ceará, dividida em duas fases. A primeira, consistente na análise das decisões antes da edição da Súmula nº 63 do TJCE e, a segunda, após a edição da Súmula. Conclui-se que, com a edição da Súmula nº 63 do TJCE, houve uma diminuição significativa dos casos que o TJCE apresentou uma mudança na aplicação do princípio, limitando significativamente a 73,62% dos casos as hipóteses em que o acusado possuía condenação criminal com trânsito em julgado, desconsiderando os demais critérios, e atribui um maior grau de reprovação social a tais casos, em comparação com aqueles que envolvem apenas juízos antecipatórios de culpabilidade.

Palavras-Chave: Garantismo penal integral. Princípio da proibição da proteção deficiente por parte do Estado. Proporcionalidade. Súmula 63 do TJ CE. Tribunal de Justiça do Ceará.

Abstract: The present work proposes to respond to the following research problem: has the Court of Justice of Ceará applied the principle of prohibiting the State's deficient protection in an exceptional way, as prescribed in Precedent 63 of the TJCE? The following are listed as specific objectives to assist in the construction of the answer to the research problem: to identify the correlation of theories of criminal guaranteeism and proportionality with the principle under study; identify the criteria for applying the principle of prohibiting poor protection by the Criminal Chambers before and after editing the summary; Identify the impact of editing the summary on the number of decisions that applied the principle of prohibition of deficient protection. It uses a mixed methodology, of a qualitative nature with an exploratory and bibliographical approach, using scientific articles as well as doctrinal books; also of a quantitative nature, based on the decision analysis methodology, extracting rulings from the Court of Justice of Ceará, divided into two phases. The first consists of the analysis of the decisions

before the edition of the summary 63 of the TJCE, the second after the edition of the summary. It is concluded that with the edition of the summary 63 of the TJCE there was a significant decrease in the cases in which the TJCE presented a change in the application of the principle, significantly limiting to 73.62% of the cases the hypotheses in which the accused had a criminal conviction with transit in judged, disregarding the other criteria, assigns a greater degree of social disapproval to such cases, compared to those involving only anticipatory judgments of guilt.

Keywords: Integral penal guarantee. Proportionality. Principle of the prohibition of deficient protection by the State. Ceará Court of Justice. Precedent 63 of the TJ CE.

Data de submissão do artigo: dezembro de 2022.

Data de aceite do artigo: julho de 2023.

1. Introdução

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará editou, em agosto de 2018, a Súmula nº 63, cujo enunciado estabelece que “condenações criminais com trânsito em julgado em outros processos podem, excepcionalmente, justificar a manutenção da prisão preventiva, ainda que reconhecido excesso de prazo na formação da culpa em razão da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, vertente da proporcionalidade”, consolidando uma jurisprudência de três anos em torno da aplicação do princípio em comento.

O referido princípio iniciou sua aplicação em 2014 em casos de *habeas corpus* que se discutiam a legalidade da prisão preventiva motivada pelo excesso de prazo na formação da culpa (demora no andamento do processo) e, mesmo havendo o reconhecimento do excesso que provocava a ilegalidade da prisão, os desembargadores mantinham-na sob a alegativa de que o acusado poderia voltar a cometer crimes, pautado em juízo prévio de culpabilidade, estruturado em alguns critérios pessoais do acusado.

A Súmula trouxe um critério de ordem subjetiva, qual seja, a “excepcionalidade”, além da hipótese de cabimento contida em seu enunciado. Dessa forma, visando identificar se o TJCE a aplica de maneira excepcional, o presente trabalho propõe-se a responder ao seguinte problema de pesquisa: o Tribunal de Justiça do Ceará tem aplicado o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado de maneira excepcional, conforme preceitua a Súmula nº 63 do TJCE?

Elencam-se como objetivos específicos para auxiliar na construção da resposta ao problema de pesquisa: (1) Identificar a correlação das teorias do garantismo penal e da proporcionalidade com o princípio em estudo; (2) Identificar os critérios de aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente pelas Câmaras Criminais antes e após a edição da Súmula e (3) Identificar o impacto da edição da Súmula no quantitativo de decisões que aplicaram o princípio da proibição da proteção deficiente. A justificativa para

este trabalho consiste na necessidade de se definirem os contornos assumidos pelo garantismo penal no âmbito do Tribunal de Justiça do Ceará. Sua relevância teórica consiste na explicação de um tema com corte epistemológico pouco realizado, ao passo que sua relevância prática consiste na elaboração de um estudo que pode dizer de maneira empírica acerca da efetividade de uma súmula do Tribunal de Justiça do Ceará.

Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa mista, de natureza qualitativa com abordagem exploratória, bibliográfica e documental, utilizando-se de doutrinas e artigos científicos para o desenvolvimento dos conceitos abordados e da análise de documentos jurídicos e também de natureza quantitativa, mediante a utilização da metodologia de análise de decisões, extraíndo acórdãos do Tribunal de Justiça do Ceará (2º grau), dividida em duas fases. A primeira, consiste na análise das decisões antes da edição da Súmula nº 63 do TJCE e, a segunda, em analisar os acórdãos após a edição da Súmula.

O primeiro tópico congregará a parte teórica do presente trabalho, explicando os conceitos que orbitam em torno do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado e, conseqüentemente, da Súmula em estudo, a partir da sua aplicação no corte epistemológico realizado nesta pesquisa. Portanto, serão desenvolvidas as noções de garantismo penal, desde sua criação, por Luigi Ferrajoli, até a nova compreensão, tida como garantismo penal integral, explicando a relação dessas teorias com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com os deveres de proteção empregados. E, ainda, como o garantismo penal atua na proteção de direitos de diferentes categorias, correlacionando com o conceito de proporcionalidade e seus desdobramentos nas vertentes de proibição de excessos e proibição de proteção deficiente.

O segundo tópico analisará as decisões anteriores à edição da Súmula para definir o padrão de aplicação pelas Câmaras Criminais com o intuito de melhor descobrir, posteriormente, o que caracterizaria uma aplicação excepcional. Mediante busca na ferramenta de pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do

Tribunal, utilizou-se na guia de “pesquisa livre” a expressão “proibição da proteção deficiente” obtendo um resultado, eliminando aqueles acórdãos que foram filtrados pela expressão “da” ou pelas palavras isoladas “proibição”, “proteção” e “deficiente”.

Descartaram-se, igualmente, os acórdãos que, embora mencionassem o princípio no voto, reconhecem ser o caso de não o aplicar, de modo que não servem para incluir na análise, uma vez que não representam indicativo válido para analisar qual critério o Tribunal utiliza, perfazendo o montante de 203 acórdãos válidos para os fins da primeira fase da pesquisa.

O marco temporal estabelecido foi de janeiro de 2015 até julho de 2018, por corresponder ao período que iniciou a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado (2015) sem a edição da Súmula, que fora editada em agosto de 2018. Existem acórdãos datados de 2014 que não puderam ser catalogados, pois a ferramenta de busca supracitada só fora instituída no ano de 2015 e, ainda que fosse feita uma pesquisa interna e pessoal em cada gabinete, a amostra obtida não representaria de maneira fidedigna o total de acórdãos prolatados em 2014, pois alguns desembargadores em exercício no referido ano já estão aposentados, impossibilitando a coleta de dados na sua integralidade. Por estes motivos, foram excluídos da análise.

Ainda no segundo tópico, serão analisados os dados coletados após a edição da Súmula nº 63, cuja busca se valeu dos mesmos critérios de coleta de dados junto ao sítio eletrônico do TJCE, na ferramenta de pesquisa de jurisprudência, fazendo-se uso da expressão “proibição da proteção deficiente” e “súmula 63”.

No terceiro tópico, serão analisados de forma crítica os dados apresentados no tópico 2, correlacionando com os conceitos explicados no tópico 1, evidenciando quais as possíveis causas para a mudança comportamental das Câmaras Criminais com a edição da Súmula e, por fim, respondendo à pergunta formulada no problema de pesquisa.

2. O princípio da proibição da proteção deficiente do Estado: as vertentes positivas do garantismo penal e da proporcionalidade

Neste tópico serão desenvolvidos os conceitos de garantismo penal e garantismo penal integral, explicando a relação dessas teorias com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com os deveres de proteção empregados, demonstrando como o garantismo penal atua na proteção de direitos de diferentes categorias (1ª e 2ª gerações). Os conceitos serão articulados, ainda, com o princípio da proporcionalidade evidenciado, instrumento de ponderação de direitos conflitantes, articulando com suas duas vertentes, de proibição de excesso e de proteção deficiente.

Saliente-se que o princípio da proteção deficiente do Estado é um conceito jurídico que se refere à obrigação do Estado de garantir a proteção adequada aos direitos e interesses fundamentais dos cidadãos. Esse princípio reconhece que o Estado não pode negligenciar sua responsabilidade de assegurar a segurança, a integridade e o bem-estar da sociedade, devendo adotar medidas efetivas para prevenir danos e promover o bem comum (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Essa concepção está intimamente ligada ao garantismo penal, que defende a necessidade de um sistema de justiça criminal pautado na proteção dos direitos individuais e na limitação do poder punitivo do Estado. Segundo essa perspectiva, o Estado deve agir de forma proporcional, evitando tanto o excesso de proteção (que poderia resultar em violações dos direitos individuais) quanto a proteção deficiente (que falha em garantir a segurança e a ordem social).

2.1 O garantismo penal: de Luigi Ferrajoli ao garantismo penal integral

Consiste em uma teoria criada e desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, em resposta ao cenário jurídico da sociedade europeia, que adotou uma política que admitia uma flexibilidade

nas garantias individuais de caráter fundamental para coibir o avanço de ações terroristas (CAROLLO: 2013; p. 68).

O trato da teoria garantista é mediado pelo resgate e valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade, destacando-se a contribuição de Ferrajoli à teoria do direito e à filosofia política, bem como ao direito e ao processo penal a partir da tríplice acepção de sua teoria. A primeira seria a designação de um modelo normativo de direito, que se trata de uma teoria jurídica na medida em que problematiza a existência de um sistema jurídico formal e de outro substancial, concretizando a democracia (LOPES: 2014; p. 9).

Corroborando com estas palavras Ferrajoli preceitua que o garantismo é um conceito que se refere a um modelo normativo autônomo de direito. Especificamente no âmbito do direito penal, o garantismo representa o modelo de “estrita legalidade”, que é característico de um Estado de direito. No plano epistemológico, esse modelo é entendido como um sistema cognitivo ou de poder mínimo. No plano político, ele é uma técnica eficaz para minimizar a violência e maximizar a liberdade. No plano jurídico, o garantismo consiste em um sistema de restrições impostas à função punitiva do Estado, a fim de proteger os direitos dos cidadãos. (FERRAJOLI: 2002; p. 684).

O segundo conceito consiste em uma teoria jurídica da validade e da efetividade, tendo em vista que a expressão “garantismo” manifestar-se-ia como uma aproximação teórica que mantém separado o “ser” e o “dever ser” no direito, o que configuraria, nas palavras do referido autor, que “o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes” (FERRAJOLI: 2002; p. 684).

Já para o terceiro significado da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli conceitua como uma filosofia política que, nas palavras de João Carlos Carollo, seria uma filosofia “que determina ao direito e ao Estado carga de justificação externa conforme o bem jurídico e os interesses” (CAROLLO: 2013; p. 70).

Assume o sentido de uma legitimação externa tanto do direito como da ação estatal, que só é atingida quando este age e se fundamenta na proteção de bens jurídicos e dos interesses que constituem sua razão de existir no cenário democrático. O Estado é, então, visto como um meio de concretização das finalidades democráticas instituídas pelo povo, de modo que o garantismo condiciona à legitimidade externa do direito e das ações do Estado à norma jurídica que seja garantista e afirmadora dos direitos fundamentais (LOPES: 2014; p. 10-11).

Preleciona João Carlos Carollo (2013; p. 69) que o garantismo sistematizado por Ferrajoli não surgiu propriamente como algo novo, na medida em que todos os princípios trabalhados foram conquistados ao longo de séculos de história da humanidade, todavia, o ineditismo da teoria está no fato da criação de um sistema (garantista), reunindo nesse, todos os princípios fundamentais de direito, de maneira sistêmica e holística; princípios já existentes e que, inclusive, eram adotados por várias Constituições. (CAROLLO: 2013; p. 69).

Quando se traz para a perspectiva do direito e processo penal, significa que a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há também novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal (FISCHER: 2015; p. 41-77).

A teoria busca, a partir de uma nova abordagem, conferir uma maior dimensão aos direitos fundamentais, visto que são “aqueles inerentes ao ser humano, porque dotados de caráter de pessoa, necessários ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à garantia de sua dignidade” (SERRETTI: 2020; p. 102).

Na construção de sua teoria, procurando dinamizar a aplicação dos direitos fundamentais em prol do acusado e, consequentemente, justificar a atuação do direito penal e paralelamente frear a atuação do Estado na busca pelo exercício do *jus puniendi*, Luigi Ferrajoli trouxe princípios basilares típicos do Estado Democrático

de Direito, aos quais conferiu-lhes caráter axiomático, são eles: *nullapoenasine crimine, nulluncriminali sine lege, nullalex (poenalis) sinenecessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sineactione, nullaactiosine culpa, nulla culpa sine iudicio, nulla iudicium sineacu- satione, nullaaccusatiosineprobatione, nullaprobatio sine defensione*³ (FERRAJOLI, 2002, p. 74 e 75).

Percebe-se, assim, que Luigi Ferrajoli (2002) constrói um conceito de sua teoria, voltado para a efetiva proteção das garantias individuais, ressaltando as raízes do Estado liberal a pregar a intervenção mínima e tendente a frear os abusos estatais como maneira de assegurar o completo exercício da liberdade enquanto garantia e direito fundamental, visto que propunha uma limitação evidente à atuação estatal.

Observa-se, em uma primeira leitura, que a teoria garantista voltada para a perspectiva penal tem como escopo a proteção dos direitos fundamentais dos acusados, como a liberdade e a garantia de presunção de inocência. Contudo, a teoria vem sendo expandida, atribuindo-lhe uma nova interpretação a partir de uma acepção maior, que possa abarcar e justificar uma proteção aos direitos fundamentais da sociedade, proporcionar uma interpretação holística e sistemática dos princípios do processo penal e direito penal voltados para a sociedade e para a proteção de seus direitos, notadamente o de segurança e não mais ver o garantismo unicamente na perspectiva individual do acusado (CAROLLO: 2013; p. 77).

Para o garantismo penal integral, a leitura mais completa e atual da obra de Ferrajoli é aquela que estabelece uma concepção macro da interpretação da defesa dos direitos fundamentais, na medida em que não seja verificada unicamente essa categoria de direitos na perspectiva individual, mas, sim, levando-se em consideração na mesma intensidade os coletivos, sem deixar de fora os deveres de ambos os lados (cidadãos e Estado) (FISCHER: 2015; p. 44).

Douglas Fischer (2015; p. 45) assevera que a Constituição Brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios orde-

³ Para cada um desses axiomas há um princípio correspondente, são eles, respectivamente: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade ou economia, princípio da lesividade ou da ofensividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da jurisdicionalidade, princípio acusatório, princípio do encargo da prova e princípio do contraditório.

nadores de um Estado Social e Democrático de Direito e prega a ideia segundo a qual a teoria garantista não existe apenas para a proteção de interesses e direitos fundamentais individuais, devendo-se voltar igualmente para a salvaguarda dos demais direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Para os defensores do garantismo penal integral, permanecer com a interpretação inicialmente proposta por Ferrajoli seria consagrar a existência de um garantismo monocular (visto unicamente sob a perspectiva do indivíduo) e hiperbólico (desproporcional na proteção de uma única categoria de direito) (FISCHER: 2015; p. 45).

O garantismo penal integral, configura-se como aquele que, sob o enfoque das garantias fundamentais do acusado no direito penal, não as viola nem as constrange, mas também, paralelamente, tutela os bens jurídicos da sociedade sempre sopesando ambos os lados, a partir dos critérios conferidos pela proporcionalidade, com o fito de evitar uma proteção deficiente por parte do Estado à sociedade, a partir das diferentes perspectivas de proteção a direitos fundamentais, melhor visto a seguir.

2.2 Direitos fundamentais e deveres de proteção

Os direitos fundamentais admitem uma diferenciação em categorias de acordo com a sua linha de proteção e atuação dentro do cenário jurídico. Eles, inicialmente, procuraram frear a atuação do Estado em face do particular, mas com a evolução da sociedade passou a admitir outros contornos, demandando, desta feita, que o Estado não mais se abstinhasse de agir na vida do cidadão, mas que agisse em determinados momentos para protegê-los em face de outras ameaças que não a do próprio Estado.

São divididos em categorias denominadas de gerações, sendo eles os de 1ª geração (direitos de caráter individual que requerem do Estado uma abstenção para que não o violem, como é o exemplo da liberdade) e 2ª geração⁴ (direitos da sociedade que deman-

⁴ Há também os de terceira geração (destinados para um grupo, uma determinada coletividade); de quarta geração (os chamados direito dos povos, como exemplo, o direito à saúde); de quinta geração (direito à paz, à vida pacífica); e de sexta geração (correspondem à democracia, liberdade de informação, ao direito de informações e ao pluralismo).

dam do Estado uma ação positiva de proteção, pois ele não é mais o violador de tais direitos, como, por exemplo, a segurança), que, conforme será visto adiante, melhor se adequará ao objeto do presente estudo (BULOS; 2011; p. 518-520).

Em determinado momento, é possível que direitos de categorias distintas, que demandem deveres de proteção distintos do Estado, entrem em conflito a partir da própria dinâmica da vida em sociedade, exurgindo a necessidade de um equacionamento com vistas a resolver de maneira técnica o impasse travado pela rota de colisão entre direitos igualmente alçados à categoria de fundamentais.

É nesta senda que o princípio da proporcionalidade é utilizado como recurso hermenêutico para as deliberações judiciais que promovem a extensão da proteção conferida aos direitos fundamentais, manifestando-se como o mecanismo mais próprio e adequado para a perquirição de tal fim, qual seja, a resolução dos confrontos (MORAIS: 2020; p. 293).

2.3 Proporcionalidade: proibição de excesso e de proteção deficiente

É imprescindível que haja um mecanismo de sopesamento para balancear de maneira justa e equitativa direitos postos em conflito pelas relações sociais. A busca por essa justa medida está atrelada a instrumentos aptos para alcançar o fim que se busca, sendo a proporcionalidade o instrumento mais coerente.

Aduz Figueiredo (2007) argumenta que o princípio da proporcionalidade atua como um critério orientador intrínseco ao sistema, similarmente ao conceito de justiça. Ele incorpora um princípio jurídico-material de “medida apropriada”, referindo-se à justiça na aplicação específica da lei. Esse princípio, essencial para o Direito justo, origina-se diretamente da noção de justiça e está fortemente ligado às ideias de “moderação” e “equilíbrio justo”.

Preceitua Robert Alexy (1986; p. 586) que a proporcionalidade possui máximas que devem ser atendidas, estando elas ligadas à

noção de otimização dos princípios para que algo possa ser realizado na maior medida possível entre as possibilidades fáticas e jurídicas que existam. A doutrina conceitua esses estágios a serem atingidos como “trilha da proporcionalidade”, formada pelos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser perfilhados nessa ordem.

O primeiro deles volta-se para a verificação da idoneidade da medida. Se é capaz de atingir o escopo que se busca (LOVATO: 2007; p. 477), possui a natureza de um critério negativo, uma vez que elimina os meios que se revelem inadequados, excluindo algumas possibilidades, mas sem determinar o todo (ALEXY: 1986; p. 590).

A segunda máxima diz respeito à verificação dentre os meios aproximadamente adequados que atinja o escopo buscado, aquele que mostre uma intervenção menos intensa, menos severa em determinado direito. Já o terceiro e último estágio da trilha, consiste na “proporcionalidade em sentido estrito”, que abrange uma melhor distribuição dos ônus suportados pelos direitos confrontados, onde se exerce um juízo de ponderação estabelecido entre os ônus suportados em face dos fins que se almeja (LOVATO: 2007; p. 477 - 479).

O uso da proporcionalidade encontra-se presente no ambiente prático-jurídico, nas ações judiciais, comumente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nas discussões que envolvam princípios e valores constitucionais, a exemplo da discussão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, na qual se discutiu a inconstitucionalidade da interpretação normativa segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencefálico é conduta tipicamente penal, decidindo-se pela procedência dos pedidos a partir da utilização das máximas da proporcionalidade (ZOLET: 2015; p. 155).

O Judiciário Brasileiro, com segurança, pode-se afirmar, promove uma vasta utilização dos elementos doutrinários de Robert Alexy, contudo, não é possível com a mesma convicção dizer que tamanha utilização seja acompanhada do necessário rigor ao cumprimento dos pressupostos científico-metodológicos dessa teoria.

Há quem defenda que o Supremo Tribunal Federal desconsidera a construção teórica de Robert Alexy, limitando-se a fazer uso de uma aplicação do método lógico racional de ponderação, gerando o que se pode chamar de insuficiência argumentativa por parte do Judiciário decorrente de um olhar superficial da proporcionalidade (ZOLET: 2015; p. 155).

O que se procura é permitir que os direitos fundamentais sejam plenamente exercidos por seus titulares, procurando protegê-los das violações do Estado, bem como das violações que o particular possa causar a outro particular. Demanda-se, portanto, a existência de um freio para barrar os excessos do Estado, impondo uma proibição de excesso ou o chamado no Direito Alemão de *Übermassverbot*⁵, mas também que haja uma proibição de uma proteção deficiente, impondo, quando necessário, que o Estado haja para frear não seus excessos, mas os excessos de terceiros. A essa proibição de omissão, atribui-se o nome de *Untermassverbot* (MENDES: 2020; p. 11).

A percepção de proibição de proteção deficiente volta-se para o cenário em que o Estado já não deve mais adotar uma postura de distanciamento dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que determinados direitos exigem uma postura de ordem positiva, e não mais negativa, que se coaduna com a própria vertente positiva da proporcionalidade, qual seja, de proibição de proteção deficiente.

Neste sentido, expressa-se Carollo (2013; p. 120), ao enfatizar que é dever do Estado não só a proteção contra os exageros de seu próprio poder⁶, mas também a garantia aos indivíduos, partes da sociedade, à proteção de determinados direitos, na busca pelos imperativos de tutela. Essa proteção, portanto, não é possível de

⁵ O termo jurídico “Übermassverbot” se origina do alemão e pode ser traduzido como “proibição de excesso” em português. Essa expressão, refere-se a um princípio fundamental no sistema jurídico, especialmente no campo do direito penal. O conceito de “proibição de excesso” está relacionado à ideia de que o Estado, ao aplicar sanções ou punições, deve fazê-lo de forma proporcional e razoável. Em outras palavras, o poder punitivo do Estado deve ser exercido dentro de limites estabelecidos, evitando-se o uso de medidas desproporcionais ou extremas. Esse princípio visa a garantir que as ações do Estado não violem os direitos individuais dos cidadãos, evitando punições que sejam excessivamente severas ou cruéis. Assim, o “Übermassverbot” busca assegurar que a aplicação da lei penal seja justa e equilibrada, respeitando os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais dos indivíduos.

⁶ Essa afirmação remete aos primeiros direitos consagrados como fundamentais, os de 1ª geração, que são direitos de caráter individual, como a liberdade, que demandam do Estado uma conduta de abstenção para não incorrer em violações, vez que esses direitos surgiram exatamente para frear a atuação do Poder Público.

se prestar apenas com medidas de cunho omissivo, afastando-se do cenário prático para não incorrer em excessos, mas em ações positivas que possam garantir a eficaz proteção a certos direitos fundamentais, como o de segurança.

Para Alexandre Moreira Van der Broocke (2016; p. 27-29), esse é o segundo passo a ser adotado pelo Estado na concretização dos direitos fundamentais, na órbita dos imperativos de tutela, que demandam do Poder Público, justamente, essa postura comissiva, não se confundindo, contudo, com a noção do dever de proteção geral que o Estado possui em face dos cidadãos, decorrente de um mandamento geral, que se amolda à generalidade da ideia de que o Estado deve proteger aqueles que a ele estão servindo.

O imperativo de tutela vai, por sua vez, demandar a atuação do Poder Estatal em situações concretas e específicas, onde possa haver direitos conflitantes, possibilitando uma concretização mais eficaz e potente dos direitos de caráter fundamental, o que seria um equilíbrio entre a proibição de excesso e de proteção deficiente, haja vista que o imperativo de tutela está intimamente ligado à proporcionalidade, mais uma vez resgatando a ideia de equilíbrio, próprio da proporcionalidade (BROOCKE: 2016; p. 37).

O constitucionalista Lênio Streck afirma que, ao Estado, incumbe-se a defesa da sociedade, a defesa aos direitos fundamentais, protegendo contra as diversas agressões às mais variadas dimensões dos direitos, uma vez que, como dito, o Estado não é o seu único inimigo. Amolda-se nesse ideal, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou a sua eficácia contra terceiros particulares e não somente contra o Poder Público, pois os particulares também se apresentam como potenciais violadores de direitos (STRECK; 2004). Cenário muito visualizado na perspectiva do direito penal, no qual uma pessoa agride o direito fundamental de outra. Assim, o direito penal possui o dever simultâneo de proteção. Primeiro, ao limitar o poder do Estado, e, segundo, para combater o crime, ou seja, procurar evitar que particulares violem determinados direitos de outros, como a vida, a integridade física e a honra.

Há aqui a proteção não só contra os abusos do Estado, mas contra os abusos dos indivíduos, evidenciando os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo às custas da liberdade do indivíduo. Portanto, para uma avaliação mais aprofundada do problema, é necessário ter em conta essa superação do modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais é do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos (abusos do Estado) (STRECK: 2004; p. 25).

Gilmar Ferreira Mendes, nessa mesma linha de raciocínio, nos autos do *Habeas Corpus* nº 104410 (BRASIL; 2012), sustenta que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, mas expressam também um postulado de proteção, emanam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela. Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

A proibição da proteção deficiente acaba por constituir um critério de verificação da constitucionalidade e um componente da proporcionalidade, assumindo um papel de instrumento da aplicação e concreção das normas constitucionais (BROOCKE: 2016; p. 57), devendo haver, para a devida consecução de seu fim, uma correta interpretação da Constituição, sem olvidar da interpretação sistemática que proporcionará uma devida correlação com as demais normas e princípios, notadamente as que versam sobre o processo penal e conseqüentemente viabilizam uma proteção ao acusado para que não se incorra em excessos quando estão na busca pela superação da proteção deficiente.

É nessa perspectiva que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará tem aplicado o princípio da proporcionalidade, a partir de

sua acepção positiva, comungando com o garantismo igualmente positivo (integral). A seguir, serão analisados os critérios utilizados pelo Tribunal de Justiça do Ceará para sua aplicação, com a análise anterior e posterior à edição da Súmula nº 63 desta Corte.

3. A Súmula nº 63 do Tribunal de Justiça do Ceará e a análise de decisões: os critérios antes e depois da súmula

O primeiro julgamento no âmbito do Tribunal de Justiça do Ceará (2º grau) no qual fora aplicado o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado do Ceará ocorrera no *Habeas Corpus* nº 0032195-45.2013.8.06.0000, julgado em 06 de maio de 2014, no qual fora reconhecido pelo Relator, o Desembargador Mário Parente Teófilo Neto, a ilegalidade da prisão do paciente em face do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal (CEARÁ; 2014).

Tendo em vista o *modus operandi* empregado pelo paciente na prática do crime, que consiste na maneira como o crime fora realizado, verificado no caso concreto que a conduta delitiva ocorrera de maneira mais gravosa que a configuração teórica do tipo penal, tomando-se como base a jurisprudência consolidada, cujo entendimento que serve como justificativa para acautelar a ordem social com esteio na garantia da ordem pública, o que seria indicador da sua elevada periculosidade, aplicou-se o referido princípio para evitar possíveis violações ao direito de segurança da sociedade (CEARÁ; 2014).

Com isso, a aplicação do princípio fora se difundindo no âmbito do Tribunal sob diversas hipóteses. Com o objetivo de averiguar os critérios construídos pelas Câmaras Criminais, fez-se uso de uma metodologia de análise de decisões, captando todos os acórdãos nos quais foram aplicados o princípio a partir da utilização da ferramenta de pesquisa livre no site do TJCE, no qual se utilizou a expressão “proibição da proteção deficiente”, entre janeiro de 2015 e julho de 2018, obtendo-se um resultado total de

205 acórdãos que constavam o princípio da proibição da proteção deficiente por parte do Estado, eliminando aqueles acórdãos que foram captados pelo uso das palavras “da” “proibição”, “proteção” e “deficiente” isoladamente.

Na primeira fase da pesquisa, foram analisados os dados que embasam a jurisprudência que serviu como base para a criação da Súmula nº 63. Verificou-se que, dos 203 acórdãos selecionados, aproximadamente 99,02% correspondiam a ações de *habeas corpus*, enquanto os 0,80% restantes referiam-se a um Embargos de Declaração e um Recurso em Sentido Estrito⁷, totalizando dois processos que mencionavam o princípio em sua ementa.

É importante destacar que o *habeas corpus* é um instrumento jurídico destinado a proteger o direito fundamental à liberdade de um acusado que esteja sendo violado. Ele é utilizado para combater ilegalidades ou abusos de poder, buscando restabelecer a liberdade de locomoção do indivíduo (art. 5º, LXVIII) (NUCCI: 2017; p. 18).

Isso conduz à constatação de que a incidência do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, no âmbito do TJCE, ocorre predominantemente em ações constitucionais de *habeas corpus*, um instrumento processual utilizado para proteger o direito constitucional à liberdade. Além disso, em todos os casos analisados, os pacientes estavam sujeitos à prisão preventiva, o que demonstra uma restrição ao direito de liberdade em decorrência da prisão.

Com isso, constatou-se, ainda que houve a insurgência contra a prisão dos pacientes que estavam presos preventivamente, onde fora reconhecida, na maioria dos casos, a ilegalidade da prisão decorrente do excesso de prazo na formação da culpa⁸ e em outros pela ausência de fundamentação da decisão que decretou

7 No tocante ao Recurso em Sentido Estrito, trata-se de uma insurgência contra decisão interlocutória proferida nos autos, que concedeu prisão domiciliar ao paciente, interposto pelo Ministério Público, sustentando a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente ante a gravidade concreta do delito, onde foi decidido pela impossibilidade de aplicação, mencionando, assim, no corpo do acórdão, o princípio. Como não houve uma efetiva aplicação, não apresenta relevância para o estudo. Nos embargos de declaração, fora mencionado o princípio, pois tratava-se de um recurso manejado para sanar uma contradição arguida em um acórdão de *habeas corpus* que havia aplicado o princípio, por essa razão não tem utilidade para o estudo presente.

8 Há entendimento pacífico pela jurisprudência que se alguém estiver preso por período superior ao que determina a legislação processual, a prisão reputa-se ilegal, e o direito de liberdade deverá ser restaurado, a partir do manejo da ação de *habeas corpus* (art. 647, CPP) HC 438.810/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, Dje 15/05/2018. E, nas hipóteses de reconhecimento da ausência de fundamentação da decisão, a ilegalidade consiste no fato de que, conforme determina o art. 93, inciso IX da Constituição, a decisão judicial deve ser fundamentada. Nesses casos, entendeu-se estar devidamente fundamentada, mas ainda se aplicou o princípio da proibição da proteção deficiente para reforçar as razões do voto. Não havendo que se falar em ilegalidade, foram desconsiderados para fins de análise dos critérios posteriormente.

as respectivas prisões em todos os 198 casos, apresentando o mesmo âmbito de aplicação.

Verificou-se que, mesmo diante do reconhecimento de ilegalidades, os desembargadores mantiveram as prisões ilegais com base no argumento da periculosidade do acusado, visando a proteger e garantir a efetividade do direito fundamental à segurança da coletividade. Isso evidencia um conflito entre dois direitos fundamentais de gerações distintas, que demandam diferentes deveres de proteção por parte do Estado: a liberdade requer um dever de abstenção, um dever de proteção negativo, enquanto a segurança (segunda geração de direitos) demanda um dever de proteção positivo, uma ação.

Portanto, essas constatações envolvem diferentes vertentes do garantismo penal, alternando entre momentos positivos e negativos, assim como a aplicação do princípio da proporcionalidade, que pode ser compreendido tanto de forma positiva quanto negativa.

Com base nessas elucidações sobre o tema estudado, a análise das decisões seguirá para verificar os critérios utilizados pelo Tribunal na aplicação do princípio, dividindo-se em dois momentos: antes e após a edição da Súmula nº 63.

3.1 A aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado: análise de decisões anteriores à edição da Súmula nº 63 do TJCE

Para alcançar o objetivo proposto, analisou-se 198 decisões que aplicaram de fato o princípio da proibição da proteção deficiente pelo reconhecimento de alguma ilegalidade na prisão dos acusados, representando esse montante um universo para fins de averiguação da porcentagem para ajudar a definir a predominância dos critérios.

Desse universo, é possível observar quatro grupos de critérios utilizados para auferir a periculosidade do paciente da ação de *habeas corpus*, que, caso tivesse sua liberdade restabelecida, poderia

implicar em uma violação ao direito de segurança da sociedade. São eles: “responder o paciente a outras ações penais e/ou inquéritos policiais”, “possuir condenações criminais com trânsito em julgado ou não” e “*modus operandi*”.

Esses critérios foram organizados em tabela (abaixo) para melhor visualização, considerando três variáveis distintas: o critério utilizado e o número de acórdãos em que cada um apareceu e a porcentagem que esse número representa do todo estabelecido, aquele conjunto do total de 198 acórdãos coletados⁹.

Tabela 1 – Critérios utilizados na coleta de dados

CRITÉRIO UTILIZADO	NÚMERO DE ACÓRDÃOS	PORCENTAGEM (%)
Responder a outras ações penais e/ou inquéritos policiais	59	29,8
Possuir condenações criminais (transitadas em julgado ou não)	55	27,77
<i>Modus operandi</i>	32	16,16
Não reconheceram o excesso e ainda assim aplicaram o princípio	52	26,26

Fonte: elaboração própria.

Observa-se que do montante de *habeas corpus* julgados, tem-se que 59 acórdãos adotaram o critério de o paciente “responder a outras ações penais e/ou inquéritos policiais”, o que representa o equivalente a 29,8% do montante total. Seguindo a análise, foi possível verificar que em 55 acórdãos, que representam 27,77% do total de acórdãos coletados, aplicaram o critério de o acusado possuir condenações penais com ou sem trânsito em julgado para a aplicação do princípio.

Já 16,16% dos acórdãos, que representam o total de 32%, aplicou-se o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado em razão do *modus operandi* da conduta delitiva. Em todos esses casos, observou-se que a prisão do acusado fora reconhecida como ilegal, aplicando o princípio com base nesses critérios para evitar

⁹ Os dados contidos nesta seção foram extraídos da análise das decisões obtidas junto ao sítio eletrônico do TJCE, conforme exposto na metodologia. São, portanto, dados de caráter primário estruturados para a presente pesquisa e analisados empiricamente ao longo do texto.

que o Estado agisse de maneira deficiente na proteção do direito de segurança da sociedade ao pôr em liberdade alguns pacientes.

Aprofundando a análise, constatou-se uma situação em que se aplicava o princípio da proibição da proteção deficiente, mas sem o reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa, ou seja, sem considerar a prisão como ilegal. Nesses casos, o que fica evidente é uma atecnia na aplicação pelo Tribunal de Justiça, pois se não há um risco ao direito de segurança, não há que se demandar uma postura de uma atuação garantista positiva do Estado, sendo desnecessária a sua aplicação.

Há cinquenta e dois acórdãos em situações dessa natureza, o que equivale a uma parcela significativa do total dos processos analisados, representando 26,26%. Por isso, esse montante não representa um critério específico, mas, no bojo da presente análise, é relevante trazer à tona um dado que evidencie a deficiência na aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado pelo TJCE, em parcela de sua utilização.

Apresentados os dados acima, a pesquisa avança para uma nova abordagem, que procura mostrar os critérios predominantes em cada Câmara Criminal (C.C.), procurando verificar se a aplicação se dava de maneira pacífica e equânime entre os órgãos criminais, sem discrepância de critérios e de quantidade de vezes que aplicaram o princípio. Para tanto, foi elaborada uma tabela com três variantes, as três Câmaras Criminais do TJCE, o percentual de aplicação de cada uma delas em relação ao todo e o número de processos, obtendo-se o resultado abaixo:

Tabela 2 – Percentual nas Câmaras Criminais do TJCE

CÂMARAS CRIMINAIS	PERCENTUAL (%)	NÚMERO DE PROCESSOS
1ª CÂMARA	41,9	83
2ª CÂMARA	29,8	59
3ª CÂMARA	28,3	56

Fonte: elaboração própria.

O que se pode observar é que a 1ª Câmara Criminal se destaca com proeminência na quantidade de vezes que aplicou o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, equivalendo a 41,9% do montante total, com 83 processos, ao passo que as demais câmaras, a 2ª Câmara e a 3ª Câmara Criminais, possuem uma quantidade similar, correspondendo ambas a, respectivamente, 29,8% com 59 julgados e 28,3% com 56 julgados (CEARÁ, 2018).

Dando continuidade à análise, procurou-se verificar dentro desse universo de processos de cada Câmara Criminal qual dos 3 critérios e da situação de atecnia mostrada teve proeminência. Para tanto, analisou-se os montantes de cada uma acima individualizados para obter os dados abaixo elencados, organizados na tabela de número 3:

Tabela 3 – Critérios predominantes nas Câmaras

	Ações penais e/ ou inquéritos	Condenações	Modus operandi	Não reconheceu o excesso de prazo
1ª CÂMARA	34	38	-	-
2ª CÂMARA	-	-	-	37
3ª CÂMARA	19	-	13	-

Fonte: elaboração própria.

Depreende-se da tabela que a 1ª C.C. possui uma predominância do critério de aplicação: o fato de o paciente possuir condenações penais com ou sem trânsito em julgado, totalizando 38 processos, seguido pelo critério do paciente possuir ações e/ou inquéritos policiais, com 34 dos julgados. A 2ª C.C. se destaca com 37 de seus julgados aplicando o princípio mesmo sem o reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa, evidenciado a Câmara com maior atecnia e imprecisão na aplicação do princípio até então.

Ao passo que a 3ª C.C. destaca, dentre seus julgados, o total de 19 com aplicação pelo critério do paciente responder a ações penais e/ou inquéritos, seguidos de 13 aplicações, com base no *modus operandi* da conduta. Esses dados mostram que as Câmaras Criminais do TJCE não possuíam uma uniformidade dos

critérios de aplicação do princípio, deixando claro que o aplicavam sem uma compreensão uniforme do Tribunal, ficando a critério de cada desembargador relator, muitas vezes se mostrando incoerente na utilização.

A partir de agora, será desenvolvida uma análise dos dados coletados após a edição da Súmula nº 63 do TJCE, que estabelece um critério específico para sua aplicação, demonstrando se houve uma uniformidade na aplicação do princípio e se há uma obediência à condição de excepcionalidade em sua utilização. Será demonstrado o processo de edição da Súmula até a análise das decisões.

3.2 A Súmula nº 63 do TJCE e os novos critérios para o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado

O enunciado Sumular de nº 63 teve início com a proposição feita pelo Desembargador Mário Parente Teófilo Neto em sessão plenária da Seção Criminal do TJCE, ocorrida em 18 de dezembro de 2017, sendo apreciada e aprovada em sessão ordinária nº 18/2018 do Órgão Especial com o seguinte teor: “condenações criminais com trânsito em julgado em outros processos podem, excepcionalmente, justificar a manutenção da prisão preventiva, ainda que reconhecido excesso de prazo na formação da culpa em razão da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, vertente da proporcionalidade.” (CEARÁ, 2018).

Nesta segunda fase da pesquisa foram analisadas as decisões que aplicaram o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, já na égide da Súmula nº 63, estabelecendo como marco temporal para o estudo, o período compreendido entre agosto de 2018, mês de edição da Súmula nº 63 do TJCE, e abril de 2020, período em que fora elaborada a presente pesquisa, obtendo-se o montante de 91 acórdãos para os fins deste trabalho, a partir da utilização das expressões “proibição da proteção deficiente” e “súmula 63”, na ferramenta de pesquisa livre de jurisprudência.

Para analisá-los, estabeleceu-se um critério de verificação, qual seja, “qual o critério utilizado para que a súmula fosse aplicada?”, verificando, por conseguinte, se está sendo atendido o

seu critério de ordem objetiva, para assim procurar responder ao questionamento formulado se a Corte de Justiça Estadual tem por feito de maneira excepcional.

Observou-se, também, que em todos os casos foram aplicadas no bojo de ações constitucionais de *habeas corpus* que se discutiam a ilegalidade da prisão, dentre outros argumentos, pelo suposto excesso de prazo na formação da culpa, mantendo o padrão ora constatado na 1ª fase da pesquisa exposta no tópico anterior.

Do conjunto total de 91 acórdãos captados, 73,62% deles fizeram o uso da Súmula, atendendo ao critério objetivo estabelecido, de manutenção da prisão preventiva em situações de ilegalidade da prisão por excesso de prazo na formação da culpa. Nesse montante, houve a insurgência dos impetrantes pela alegação do excesso de prazo na formação da culpa dos respectivos pacientes, tendo o devido reconhecimento pelos desembargadores da delonga processual apta a ensejar a ilegalidade da prisão.

Inobstante o reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa, os desembargadores mantiveram a prisão do paciente por reconhecer a possibilidade de voltar a cometer novos crimes em virtude da existência de condenação penal com trânsito em julgado em desfavor do respectivo paciente, aplicando a Súmula nº 63 com o devido atendimento ao critério objetivo nela contido.

O montante, equivalente a 24 acórdãos, não aplicou a Súmula atendendo ao seu critério objetivo, faltando algumas das condicionantes estabelecidas por ela, tais como: aplicaram em situação de reconhecimento da falta de fundamentação de uma decisão para a decretação da prisão preventiva, ou aplicaram com base no fato de o paciente possuir condenação criminal sem o trânsito em julgado, ou pelo fato de responder a outras ações penais, bem como em situações nas quais não houve o reconhecimento do excesso de prazo, mas, ainda assim, aplicaram a Súmula, o que desvirtua sua finalidade.

Para manter o padrão da pesquisa já desenvolvida, no sentido de mostrar o padrão das Câmaras Criminais isoladamente na aplicação do princípio em estudo, organizou-se uma tabela que elenca três variantes: a primeira delas as Câmaras Criminais; o quantitativo de aplicação correta da Súmula e o quantitativo de aplicação

incorreta da Súmula, mostrando a evolução comportamental dos órgãos julgadores no tocante ao uso da Súmula 63 do TJ CE, desenvolvendo os dados apresentados.

Dos julgados com a aplicação do princípio com base na Súmula, a tabela abaixo mostrará a porcentagem da quantidade de acórdãos que utilizaram o preceito da Súmula por Câmaras Criminais. Dos 91 acórdãos, 35,16% deles são provenientes da 1ª Câmara Criminal, equivalendo a um total de 32 acórdãos; do mesmo montante geral, 48,35% dos acórdãos são provenientes da 2ª Câmara Criminal, equivalendo a um total de 44 acórdãos; e, da 3ª Câmara Criminal, advieram 15 processos em que aplicaram a Súmula nº 63, equivalendo a 16,49% dos acórdãos totais.

Tabela 4 – Quantitativo de aplicação da Súmula por Câmara Criminal

CÂMARAS CRIMINAIS	NÚMERO DE ACÓRDÃOS	PERCENTUAL (%)
1ª CÂMARA CRIMINAL	32	35,16
2ª CÂMARA CRIMINAL	44	48,35
3ª CÂMARA CRIMINAL	15	16,49

Fonte: elaboração própria.

Adentrando aos dados acima, organizou-se ainda o padrão de aplicação das Câmaras Criminais isoladas no tocante à Súmula, mostrando em números, como tem sido seus critérios nessa segunda fase da presente pesquisa, organizando e levando em consideração as três variantes alhures aduzidas. Obteve-se o seguinte resultado:

Tabela 5 – Aplicação da Súmula pelas Câmaras Criminais

CÂMARAS CRIMINAIS	APLICAÇÃO CORRETA	APLICAÇÃO INCORRETA
1ª CÂMARA CRIMINAL	96,8% (31 acórdãos)	3,2% (01 acórdão)
2ª CÂMARA CRIMINAL	56,8% (25 acórdãos)	43,2% (19 acórdãos)
3ª CÂMARA CRIMINAL	73,34% (11 acórdãos)	26,66% (04 acórdãos)

Fonte: elaboração própria.

Na tabela acima apresentada, foram considerados o total de acórdãos em que elas aplicaram a Súmula nº 63, considerando cada montante uma totalidade para fins análise do comportamento individual de cada órgão julgador. Observa-se que a 1ª C.C., em 96,8% do montante de sua aplicação, o fez seguindo os critérios objetivos da Súmula; já a 2ª C.C., o fez de maneira correta em 56,8%, ao passo que, em 43,2% do seu total de acórdãos, foram em desrespeito aos critérios contidos na Súmula; e a 3ª C.C. aplicou corretamente em um montante equivalente a 73,34%, desvirtuando os preceitos da Súmula em 26,66% do seu total (CEARÁ, 2018).

Adentrando mais especificamente no objeto do presente trabalho para responder ao problema de pesquisa inicialmente formulado, é necessário analisar apenas os 67 acórdãos que fizeram uso de seu preceito atendendo aos critérios objetivos nela contido, desconsiderando, por conseguinte, os 24 acórdãos remanescentes.

Explica-se: a partir do momento em que a Súmula é utilizada de maneira errônea, há um desvirtuamento de sua aplicação, o que se distancia do objeto vergastado, uma vez que não condiz com seu real preceito jurídico, o que poderia macular o resultado conclusivo, conforme será visto no tópico a seguir.

4. A evolução na aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado pelo TJCE e a excepcionalidade da Súmula nº 63

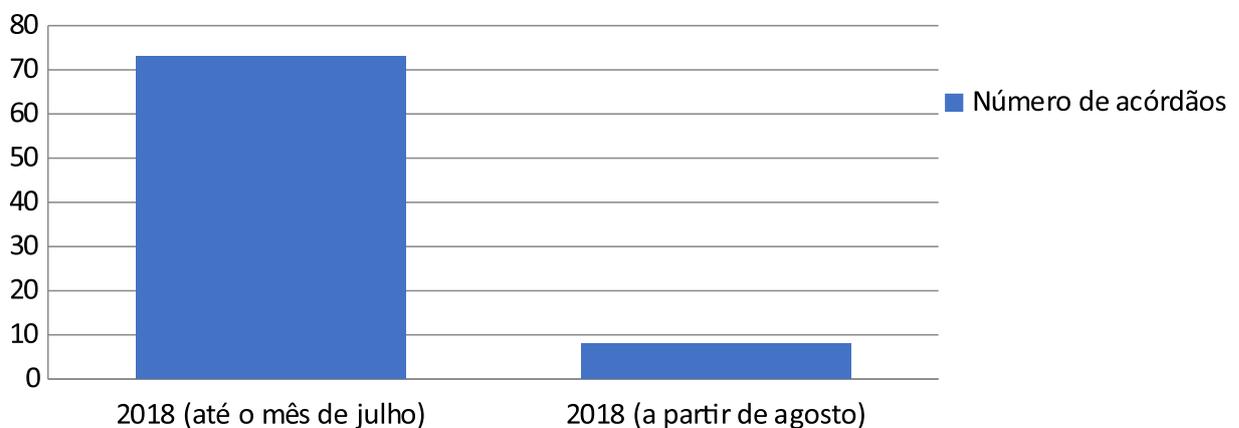
Serão analisados, comparativamente, os dados numéricos levando em consideração os 67 acórdãos coletados, comparando-os com o período anterior à edição da Súmula, fazendo-se por amostragem, mostrando a evolução da aplicação do princípio desde o ano de 2015 (início de sua aplicação no TJCE) com o intuito de evidenciar a excepcionalidade ou não de sua aplicação.

No ano de 2015, houve a aplicação em 25 julgados, no ano de 2016, totalizou 18 julgados nos quais se aplicaram o princípio; no ano de 2017, observa-se um aumento significativo, totalizando 89

processos e, na primeira fase do ano de 2018 (até o mês de julho), 73 processos nos quais se aplicaram o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado (CEARÁ, 2018).

Com a edição da Súmula em agosto de 2018, verifica-se que foram aplicados apenas em 8 acórdãos o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado (2º semestre de 2018), mostrando uma redução significativa. No ano de 2019, foram verificados 45 acórdãos e, no ano de 2020 (até o mês de abril), constataram-se 14 casos de aplicação do princípio através da Súmula (CEARÁ, 2018). Visando a esclarecer mais ainda a evolução comportamental das Câmaras Criminais antes e após a edição da Súmula, serão analisados dois períodos do ano de 2018: o primeiro período corresponde ao período de janeiro a julho e o segundo de agosto a dezembro, exposto em gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Número de acórdãos no ano de 2018

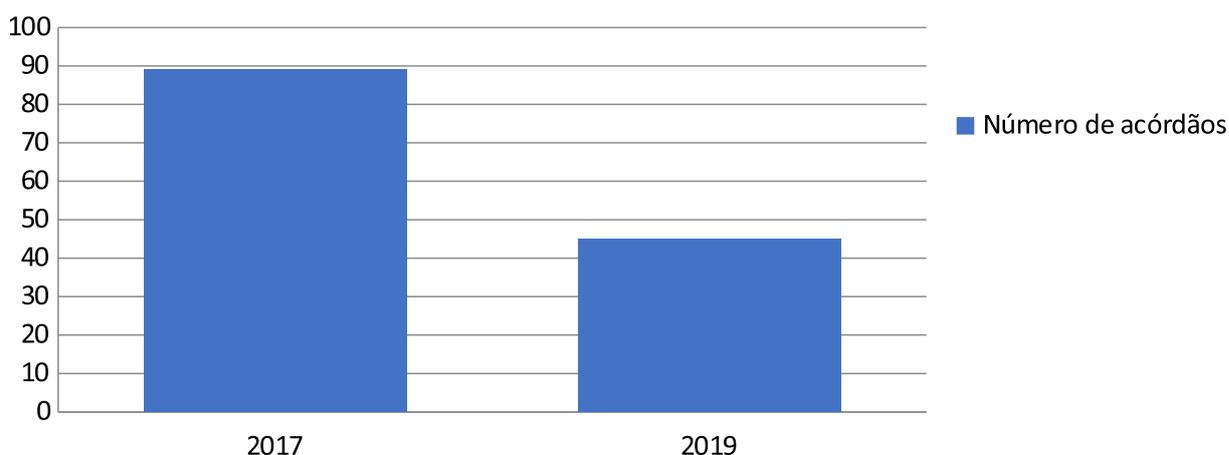


Fonte: elaboração própria.

Pode-se constatar que, em dois períodos equivalentes do mesmo ano, a diminuição do número de julgados nos quais se aplicaram o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado é vertiginosa. Na primeira fase de 2018, tem-se o número de 73 e, na segunda metade, apenas 8. Evidenciando ainda outro gráfico, podem-se mostrar os números em novas amostragens desta feita entre os anos de 2017 e o ano de 2019, anos nos quais houve

em todo o tempo uma realidade específica, respectivamente, a aplicação do princípio sem o comando da Súmula e a aplicação do princípio, desta feita, com o regramento contido na Súmula, que limita sua utilização a critérios objetivos específicos já demonstrados, veja-se:

Gráfico 2 – Número de acórdãos nos anos de 2017 e 2019



Fonte: elaboração própria.

Constata-se, nos dois períodos acima indicados, que no ano de 2017 houve a aplicação do princípio em 89 acórdãos e, no ano de 2019, houve uma queda para um quantitativo equivalente a 45 acórdãos, aproximadamente metade em relação ao referido ano, demonstrando, mais uma vez, o padrão de queda na aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado.

Sendo possível verificar em ambos os períodos que o Tribunal de Justiça do Ceará apresentou uma redução significativa dos casos de manutenção da prisão preventiva por excesso de prazo na formação da culpa, quando a prisão é revestida de ilegalidade, sob o argumento de proteção do direito de segurança da sociedade.

A nova Súmula trouxe um critério de ordem objetiva, estabelecendo que, para a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, no corte epistemológico feito no presente estudo, deveria a ilegalidade da prisão decorrer do reconhecimento do

excesso de prazo na formação da culpa e, para sua incidência nessa hipótese, deveriam existir condenações com trânsito em julgado para denotar uma maior reprovabilidade da conduta do agente.

Observa-se que houve uma evolução do padrão de aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado pelas Câmaras Criminais, quando se analisa o período antes da edição da Súmula em que havia uma aplicação sem restrições, de acordo com a convicção de cada magistrado, com diversos critérios erigidos, evidenciados na Tabela 1, partindo de situações em que houve a manutenção da segregação cautelar em casos em que o paciente respondia a uma ação penal, ou inquéritos policiais, onde a conduta imputada ainda estava em fase de persecução penal, até situações em que havia a devida condenação com trânsito.

Com a vigência da Súmula, na maioria dos julgados, conforme dados já apresentados no tópico anterior, a segregação cautelar é mantida quando, havendo o reconhecimento da ilegalidade da prisão pelo excesso de prazo na formação da culpa, o paciente possui contra si condenação criminal transitada em julgado, o que denota aos olhos dos princípios jurídicos que determinado acusado já possui um histórico de violação à lei.

Nos casos demonstrados, há restrição de direitos individuais (liberdade) em face de direitos sociais (segurança) que, a partir de um juízo de ponderação, desta feita, mais articulado, sob o manto da proporcionalidade, sopesa-se que a liberdade do paciente poderia ensejar um risco ao direito da sociedade (segurança), pois, a partir de sua personalidade, verificou-se o perigo.

Assim, reconhece-se que, no entendimento jurisprudencial aqui estudado, existe o confronto entre dois direitos fundamentais, exigindo uma avaliação cuidadosa (sopesamento de direitos) para balancear adequadamente entre liberdade e segurança. Essa abordagem de ponderação entre tais direitos não é inovação nos tribunais na avaliação de qual de dois ou mais direitos fundamentais em conflitos deve(m) prevalecer.

Nesta linha, ressalta-se o entendimento de Alexandre van der Broecke (2016; p. 92), o qual, ao ponderar a questão, afirma que o

Supremo Tribunal Federal considerou a existência de dois direitos fundamentais em conflito: a liberdade individual e a segurança. É importante destacar que a proteção de um desses direitos pode afetar a extensão do outro. Nesse contexto, é necessário analisar a escolha feita pelo Estado-Legislator sob a perspectiva da proporcionalidade. Devemos partir do princípio de que nem a liberdade é um direito absoluto, nem a segurança pública pode ser invocada de forma a comprometer o modelo de Estado de Direito.

O centro dessa ponderação é o princípio da proporcionalidade, que deve ser aplicado a partir da perquirição da trilha já detalhada, para não incorrer em uma violação a um direito decorrente de um excesso, quando se busca coibir uma proteção deficiente, ladeando ambos os direitos de ordem fundamental.

Contudo, é a partir dessa nova realidade apresentada, que o TJCE tem aplicado esse princípio de maneira mais alinhada com a trilha da proporcionalidade, na medida em que, confrontando os ônus a serem suportados, mantém-se uma prisão ilegal, desta feita, em um juízo futuro da probabilidade de cometimento de outros ilícitos por parte de um acusado que ostente uma condenação criminal com trânsito em julgado, que atesta, por conseguinte, sua responsabilidade penal perscrutada após o devido processo legal, e não mais com base em indícios que não ensejam tamanho grau de reprovabilidade, tais como nos casos de responder a ações penais e/ou inquéritos policiais.

Muito embora parcela significativa ainda haja em descompasso com o comando Sumular, é possível dizer que há uma redução significativa nas manutenções de prisões preventivas ilegais sob esse argumento de proteção da segurança da sociedade. Importante ressaltar que aqui não se está dizendo que seja correta a aplicação nestes moldes, tendo em vista não ser o objeto deste trabalho, mas que tem se apresentado de maneira mais excepcional quando comparado com outros momentos da evolução jurisprudencial aqui definida.

5. Conclusão

Pelos aspectos apresentados, notou-se que a Súmula nº 63 do TJCE, a qual preceitua que condenações criminais com trânsito em julgado em outros processos podem, excepcionalmente, justificar a manutenção da prisão preventiva, ainda que reconhecido excesso de prazo na formação da culpa em razão da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, vertente da proporcionalidade, é bastante passível de discussão.

Pode-se dizer que o garantismo consiste em uma teoria de validade e efetividade da norma constitucional que concretiza um modelo de estrita legalidade no qual o Estado deve se submeter para a proteção dos direitos fundamentais, visto que o garantismo serve como instrumento de concretização das finalidades democráticas. Os novos contornos conferidos à essa teoria sustentam igual para proteção de direitos fundamentais da sociedade, o que se vincula às perspectivas dos deveres de proteção de tais direitos.

O princípio da proporcionalidade é utilizado como instrumento de ponderação entre direitos e em rota de colisão, demandando uma solução técnica e jurídica a partir da necessidade de deveres de proteção distintos. Para tanto, Alexy articula a chamada trilha da proporcionalidade, caminho que deve ser percorrido para a concreção da proporcionalidade, devendo passar pela análise da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito que se divide em duas vertentes: proibição de excesso e de proteção deficiente, adequada a cada realidade jurídica.

O TJCE, por sua vez, tem aplicado desde 2014 o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado em situações de prisões preventivas onde se discute em ações de *habeas corpus* o excesso de prazo na formação da culpa, que enseja a ilegalidade da prisão, para mantê-la sob o argumento de um juízo de ponderação entre o direito de liberdade do acusado e de proteção da sociedade, conforme se conclui do segundo capítulo, que constitui a 1ª fase da pesquisa empírica aqui desenvolvida.

Pôde-se observar que o TJCE utilizou o princípio em estudo para denegar os pedidos de liberdade formulados, mesmo reconhecendo a ilegalidade da prisão preventiva em 198 casos entre os anos de 2015 a 2018 (julho) sob a alegativa de que os acusados/pacientes poderiam representar um risco ao direito fundamental de segurança da sociedade caso suas liberdades fossem garantidas, tendo como critérios: o paciente responder a outras ações penais e/ou inquéritos policiais; possuir condenações penais com ou sem trânsito em julgado e pelo *modus operandi* da conduta delitiva, sendo que em parcela significativa dos casos não reconheciam ilegalidade e ainda aplicavam o princípio.

Observa-se que não existia um padrão definido, pois cada Câmara Criminal possuía um critério predominante específico sem distinção do caso a caso. Contudo, a partir de agosto de 2018, o TJCE editou a Súmula nº 63 e, com esse novo marco jurídico, a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente ficou limitada a um critério objetivo, a existência de condenações criminais transitadas em julgado. Compararam-se por amostragem, os períodos antes e após a edição da Súmula, para assim verificar se houve ou não uma aplicação de maneira excepcional após a edição do referido Verbete Sumular.

Comparando dois períodos do ano de 2018, de janeiro a julho e de agosto a dezembro, os resultados foram os seguintes: na primeira fase de 2018, tem-se o número de 73 julgados e, na segunda metade, apenas 8 julgados. Quando comparados em uma nova amostragem, nos períodos referentes aos anos de 2017, houve a aplicação do princípio em 89 acórdãos e, no ano de 2019, houve uma queda para um quantitativo equivalente a 45 acórdãos, aproximadamente metade em relação ao referido ano.

Com a edição da Súmula, em agosto de 2018, verifica-se que foram aplicados em 8 acórdãos, mostrando uma redução significativa no segundo semestre do mesmo ano. No ano de 2019, foram verificados 45 acórdãos e, no ano de 2020 (até o mês de abril), constatou-se 14 casos de aplicação do princípio através da Súmula.

Conclui-se, portanto, que o TJCE, a partir de suas Câmaras Criminais, apresentou uma mudança na aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente, limitando significativamente a 73,62% dos casos a hipóteses em que o acusado possuía condenação criminal com trânsito em julgado, desconsiderando os demais critérios.

Portanto, com base na análise da Súmula em estudo, podemos concluir que o Tribunal de Justiça do Ceará, levando-se em consideração as decisões que utilizaram o princípio da proibição deficiente, com esteio na Súmula nº 63, reduziu significativamente. Os dados analisados, juntamente com a metodologia associada, não puderam especificar o que o TJCE entende por aplicação excepcional. Mas do ponto de vista matemático, isto é, da quantidade de decisões que aplicaram a Súmula, houve uma redução expressiva de aplicação do princípio estudado.

É inegável que a temática admite outras abordagens e esta pesquisa está em franco desenvolvimento, mas não se pode negar que essa redução indica, *a priori*, uma postura mais alinhada aos princípios da proporcionalidade. Esse alinhamento é especialmente evidente no terceiro passo da análise de proporcionalidade, que trata da distribuição dos ônus na ponderação dos interesses em jogo. Notavelmente, o critério adotado pelo Tribunal atribui um maior grau de reprovação social aos casos em que há uma sentença transitada em julgado, em comparação com aqueles que envolvem apenas juízos antecipatórios de culpabilidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 mar. 2012.

BROOCKE, Alexandre Moreira van der. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente (untermassverbot)**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal**: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2013.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. **Processo Administrativo nº 8523621-92.2017.8.06.0000**. Fortaleza, 2018.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Habeas Corpus nº 0032195-45.2013.8.06.0000. Relator: Desembargador Mário Parente Teófilo Neto. Fortaleza, CE, 6 de maio de 2014. **Diário da Justiça Estadual**. Fortaleza, 15 maio 2014.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. Súmula nº 63. Fortaleza, CE de 2018. **Diário da Justiça Estadual**: Súmula 63: Condenações criminais com trânsito em julgado em outros processos podem, excepcionalmente, justificar a manutenção da prisão preventiva, ainda que reconhecido excesso de prazo na formação da culpa em razão da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, vertente da proporcionalidade. Fortaleza.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza, CE, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Sistema de Princípios e Regras e o Princípio da Proporcionalidade na Compreensão das Garantias Constitucionais do Processo Civil. *In*: MOLINARO, Alberto Carlos; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **Constituição, Jurisdição e Processo**. São Paulo: Notadez, p. 489-513, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In*: FISHER, Douglas; CALABRITICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 30-77, 2015.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta; RIBEIRO, Raphael Lima. As acepções da teoria do garantismo. **Revista Pensar Acadêmico**, Manhuaçu – MG, v. 10, n. 1, p. 09-13. jan-jul. 2014.

LOVATO, Luiz Gustavo. Proporcionalidade e Processo. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sergio Gilberto (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo**, São Paulo: Notadez, p. 461-487, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. 1-12, 2002.

MORAIS, Fausto Santos de. A caracterização da proporcionalidade e do balanceamento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, n. 18, vol. 18, p. 292-313, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

SERRETTI, André Pedrolí. Direitos fundamentais, princípios constitucionais penais e garantismo penal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, p. 2-27, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 53, p. 223-251, 2004.

ZOLET, Lucas Augusto da Silva; MORAIS, Fausto Santos de. A proporcionalidade como limite jurídico ao direito negocial. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 149-166, 2015.