RODRIGO CAPEZ

**A individualização da medida cautelar pessoal no processo
penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

RODRIGO CAPEZ

**A individualização da medida cautelar pessoal no processo
penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Processual, sob orientação do Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

Capez, Rodrigo

A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro / Rodrigo Capez: orientador Maurício Zanoide de Moraes -- São Paulo, 2015.

357 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

1. Processo Penal. 2. Proporcionalidade. 3. Discricionariedade Judicial. 4. Medida Cautelar Pessoal. 5. Individualização. I. Zanoide de Moraes, Maurício, orientador. II. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.

“De todos os encargos cometidos às pobres criaturas, o mais difícil e mais espinhoso, o de maior responsabilidade moral, é o do juiz. Especialmente o do juiz criminal”.

Hélio Tornaghi

Yes, 'n' how many years can some people exist
Before they're allowed to be free?
Yes, 'n' how many times can a man turn his head
Pretending he just doesn't see?
The answer, my friend, is blowin' in the wind
The answer is blowin' in the wind
How many times must a man look up
Before he can see the sky?
Yes, 'n' how many ears must one man have
Before he can hear people cry?
Yes, 'n' how many deaths will it take till he knows
That too many people have died?
The answer, my friend, is blowin' in the wind
The answer is blowin' in the wind

Bob Dylan

A todos os juízes criminais.

**À Luciana, por sua doçura e encanto.
Olhos de esmeralda que iluminam a minha vida.**

AGRADECIMENTOS

Guardo, dentro de mim, um enorme sentimento de gratidão. Sou grato a Deus e à boa fortuna, que me concederam um inesgotável veio de otimismo e fé na vida e me abriram portas e janelas de oportunidades, às quais, do fundo de minh'alma, sempre procurei corresponder com alegria, aplicação, esforço, ética, dignidade e retidão de caráter.

Habilidosas e invisíveis mãos encadearam, com invulgar sensibilidade e apuro, as sucessivas fases de minha vida, não permitindo que nela houvesse compartimentos estanques. Sem a fase antecedente, a subsequente não se faria possível. Nessa espiral mágica e ascendente, quis o fado que, no último ano da pós-graduação, eu tivesse a excelsa honra de ser convocado pelo Supremo Tribunal Federal. Poderosos vasos comunicantes se estabeleceram e um trabalho enriqueceu sobremaneira o outro. Indescritível.

Sempre amargurara o fato de não ter cursado, logo ao despedir-me da graduação, o Mestrado. Hoje agradeço àquelas mãos invisíveis por terem-no protraído a um tempo de maior amadurecimento pessoal e profissional.

A meus pais, de quem tive a honra de receber o exemplo do amor, da devoção à família e ao trabalho, da retidão de caráter. Uma vida de renúncias em prol da educação dos filhos. Quantas saudades, papai e Marcelo, meu amado irmão...

À minha esposa Luciana, pelo amor, compreensão e devoção.

A meu filho Gabriel, cuja paixão pelos estudos me inspirou.

A meus irmãos Fernando e Flávio, com admiração.

Ao Externato Macedo Vieira, minha inesquecível e adorada escola primária. O princípio e a fundação da modesta obra.

À Escola Preparatória de Cadetes do Exército, pela honra de me ensinar, por três cintilantes anos, os valores da resiliência, da força mental e da determinação para superar quaisquer adversidades. Missão dada é missão cumprida.

À Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pela honra de ter estudado em seus bancos e forjado grandes amizades sob as suas arcadas. Tudo devo à Velha e Sempre Nova Academia.

A todos os familiares, colegas, amigos, professores e funcionários, que não teria condições de ora nomear, por fazerem parte da minha história e enriquecerem a minha vida.

A Lair da Silva Loureiro Filho, pela honra de abrir-me as portas para trabalhar no setor de pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde muito aprendi.

Ao Desembargador e Professor Marcelo Fortes Barbosa, pela honra de ter sido seu aluno e assessor.

Ao Professor Damásio Evangelista de Jesus, pela honra ter sido professor no “Cursinho do Damásio” e na Faculdade que leva o seu nome.

Ao Professor Antônio Veronezi e a Ricardo Castro, pela honra de ter sido diretor e coordenador do curso de Direito da Universidade Guarulhos.

Ao Professor Samuel Lihyun Shim, pela honra de ser seu aluno. Treinos pesados que potencializaram a concentração e a determinação. Corpo são, mente sã.

À 4ª Vara Criminal de Guarulhos, pela honra de ter sido seu Juiz Titular por dezesseis lindos anos. Uma Vara e uma Comarca que marcaram a minha vida pessoal e profissional e que trarei para sempre em meu coração.

Ao Desembargador Marco César Müller Valente, pela honra de ter sido seu juiz assessor na Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, e ao Juiz de Direito Rodrigo César Müller Valente, pela honra dessa indicação. A eterna gratidão por me abrirem as portas do Palácio da Justiça e, por consequência, de todos os desafios que se seguiram.

Ao Juiz de Direito Guilherme de Macedo Soares, pela honra da indicação para sermos irmãos no coração da assessoria da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dois anos inesquecíveis.

Ao Desembargador Ivan Sartori, pela honra de ter sido juiz assessor na sua memorável gestão na Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Quantos desafios e quantas realizações, meu Presidente. Um marco na minha carreira.

Ao Conselho Nacional de Justiça, pela honra de ter, da sua tribuna, defendido os interesses do Tribunal de Justiça de São Paulo. Uma emoção sublime.

Aos Desembargadores e Professores José Raul Gavião de Almeida, Marco Antônio Marques da Silva e Ricardo Henry Marques Dip, pela honra da amizade e pelo inestimável apoio.

Aos Juízes de Direito Andrea Galhardo Palma e Fábio Luís Bossler, colegas ímpares de travessia nesse Mestrado. O seu espírito solidário foi fundamental para conciliar o inconciliável: a pesada rotina judiciária com as exigências da pós-graduação.

A André Luiz Nogueira dos Santos, assessor no Supremo Tribunal Federal, pelo auxílio inestimável. A investidura na Magistratura caminha a passos largos para abraçá-lo.

Ao Juiz Carlos Vieira von Adamek, pela honra da amizade e da indicação para sucedê-lo no cargo de Magistrado Instrutor no Supremo Tribunal Federal. Suceder um grande juiz não é tarefa fácil.

Ao Ministro Dias Toffoli, pela honra de ser Magistrado Instrutor em seu gabinete, no Supremo Tribunal Federal. Obrigado pela confiança e pelo aprendizado. O ápice de minha modesta carreira de Juiz de Direito.

Ao Mestre Hélio Tornaghi. As soberbas páginas de apresentação do seu *Curso de Processo Penal* me inspiram. Advertem-me diariamente da gravidade dos deveres de juiz criminal e ouriçam-me os cabelos a cada vez que as leio.

Ao Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, por ensinar-me nas Arcadas, há um quarto de século, o amor pelo Processo Penal.

Ao Professor Maurício Zanoide de Moraes, pela honra de ser seu aluno e orientando no Mestrado da USP. Obrigado pela oportunidade, pelo empenho e pelos ensinamentos. Abriu-se-me o portal de outra dimensão jurídica. Sou um novo e melhor juiz.

RESUMO

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro não mais gravita em torno da prisão preventiva, uma vez que o legislador instituiu um rol de medidas cautelares menos gravosas, a ela alternativas. Nesse contexto, como deve orientar-se a escolha judicial da medida a ser aplicada ao caso concreto? A constitucionalidade de qualquer intervenção no direito fundamental de liberdade depende, essencialmente, de sua fundamentação constitucional, que é controlada a partir da proporcionalidade. A proporcionalidade, portanto, é a pedra angular do sistema de medidas cautelares pessoais. A decisão que impõe uma medida cautelar pessoal jamais pode resultar de uma intuição individual misteriosa, senão de um procedimento cognoscitivo estruturado e comprovável de maneira intersubjetiva. Daí a importância da investigação da existência de um direito fundamental do imputado à individualização da medida cautelar pessoal, para afastar qualquer discricionariedade judicial na sua escolha. O objetivo do presente trabalho, portanto, é propor um método racional, baseado no exame da proporcionalidade, para controle intersubjetivo da justificação da decisão judicial que, no processo penal, imponha uma medida cautelar pessoal.

Palavras-chave: Processo Penal. Proporcionalidade. Discricionariedade. Medida Cautelar Pessoal. Individualização.

ABSTRACT

CAPEZ, Rodrigo. *The individualization of personal precautionary measures in Brazilian criminal procedure*. Master – Faculty of Law, Universidade de São Paulo [University of São Paulo], São Paulo, 2015.

The system of personal precautionary measures in Brazilian criminal procedure no longer revolves around preventive incarceration, as the legislature has established a list of less restrictive precautionary measures, as alternatives. In this context, how should the judicial choice of the measure to be applied to cases be directed? The constitutionality of any intervention on the fundamental right of freedom essentially depends upon its constitutional foundation, which is controlled by its proportionality. Proportionality, therefore, is the corner stone of the system of personal precautionary measures. The decision to impose a personal precautionary measure can never be a result of mysterious individual intuition, but rather be based upon a structured and verifiable cognitive procedure, in an intersubjective manner. Hence the importance of researching the existence of a fundamental right of the accused to the individualization of personal precautionary measures, to rule out any judicial discretion in their determination. The objective of this paper, therefore, is to propose a rational method, based upon an examination of proportionality, for intersubjective control of the judicial decision justification process that, in criminal procedure, imposes a personal precautionary measure.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Proportionality. Judicial Discretion. Personal Precautionary Measure. Individualization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
-------------------------	-----------

1. PRINCÍPIOS E REGRAS. UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

1.1 Considerações iniciais.....	19
1.2. A distinção proposta por Robert Alexy	22
1.3. Antinomias de regras e colisões de princípios	24
1.3.1. Antinomia de regras	25
1.3.2. Colisão entre princípios	26
1.3.3. Colisão entre regras e princípios.....	30
1.4. A Constituição como sistema de princípios e regras.....	31
1.5. Breve conclusão	32

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE

2.1. Direito de liberdade. Norma fundamental com estrutura de princípio	33
2.2. Suporte fático. Âmbito de proteção. Intervenção	42
2.3. Restrições.....	49
2.4. Conteúdo essencial	55
2.5. Formas da liberdade.....	60
2.6. A liberdade da pessoa física. Liberdades de locomoção e circulação.....	61

3. NORMAS FUNDAMENTAIS REITORAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE LIBERDADE

3.1. Dignidade da pessoa humana.....	64
3.2. Legalidade.....	73
3.2.1. Legalidade: lei escrita, estrita e prévia.....	77
3.2.2. Vedações constitucionais expressas à prisão cautelar. Presidente da República e membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal	81
3.2.3. Legalidade e suspensão de agente político do exercício da função pública	89

3.3. Devido processo legal.....	100
3.4. Presunção de inocência.....	106
3.5. Judicialidade	117
3.6. Contraditório.....	123
3.7. Motivação	127
3.7.1. Motivação e valoração da prova	130
3.7.2. Discricionariedade: fundamento e espécies.....	135
3.7.2.1. Discricionariedade legislativa	139
3.7.2.2. Discricionariedade administrativa	142
3.7.2.3. Conceitos jurídicos indeterminados	145
3.7.2.4. Interesse público e discricionariedade	148
3.7.3. Discricionariedade judicial	
3.7.3.1. A interpretação como ato de conhecimento e de vontade. A questão da única resposta correta	151
3.7.3.2. Discricionariedade judicial e interpretação. Juízos de oportunidade e de legalidade	158
3.7.3.3. Discricionariedade judicial e individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.....	165
3.7.4. A estrutura da motivação.....	172
3.7.4.1. Justificação interna e externa na argumentação jurídica.....	177
3.8. Proporcionalidade	
3.8.1. Terminologia. Princípio, regra, máxima, dever ou postulado?	184
3.8.2. Ainda a questão terminológica. Proporcionalidade, proibição do excesso e razoabilidade.....	187
3.8.3. Conexão entre teoria dos princípios e proporcionalidade. A proporcionalidade como decorrência lógica da natureza dos princípios	191
3.8.4. Desnecessidade de fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade ...	193
3.8.5. Proporcionalidade em sentido amplo.....	195
3.8.5.1. Do exame da idoneidade (ou adequação)	197
3.8.5.2. Do exame da necessidade	200
3.8.5.3. Do exame da proporcionalidade em sentido estrito.....	203

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

4.1. Mutação constitucional. A nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal	211
4.2. Direitos fundamentais expressos e não-expressos. Direitos fundamentais implícitos e decorrentes (art. 5º, § 2º, CF).....	220
4.3. A individualização da medida cautelar pessoal como direito fundamental decorrente	234
4.3.1. A dimensão subjetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.....	238
4.3.2. A dimensão objetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.....	239
4.3.3. Omissão estatal constitucionalmente relevante. Consequências	240

5. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

5.1. Excepcionalidade	250
5.2. Alternatividade.....	251
5.3. Provisoriedade	253
5.4. Referibilidade.....	258
5.5. Gradualidade	260
5.6. Cumulatividade	268

6. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL.... 270

6.1. Legalidade.....	272
6.1.1. Vedações legais à aplicação de medidas cautelares pessoais. Hipóteses de cabimento da prisão preventiva	272
6.1.2. Legalidade e conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	277
6.1.3. Legalidade e poder geral de cautela.....	279
6.2. Justificação constitucional ou teleológica.....	284
6.3. Judicialidade	291
6.4. Motivação	294

6.5. Pressuposto. <i>Fumus commissi delicti</i>	298
6.6. Requisitos negativos. Excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade.....	301
6.7. Requisitos positivos. <i>Periculum libertatis</i>	302
6.7.1. Garantia da ordem pública e da ordem econômica.....	305
6.7.2. Necessidade para a investigação ou a instrução criminal	313
6.7.3. Necessidade para aplicação da lei penal	315
6.7.4. <i>Periculum libertatis</i> e prisão temporária	317
6.8. O exame da proporcionalidade em sentido amplo.....	318
6.8.1. O exame da idoneidade (adequação)	319
6.8.2. O exame da necessidade	322
6.8.3. O exame da proporcionalidade em sentido estrito	325
 7. CONCLUSÃO	 333
 REFERÊNCIAS	 347

INTRODUÇÃO

A prisão cautelar, a nosso ver, é o tema mais delicado e fascinante do processo penal, por se tratar da mais grave intervenção no direito de liberdade sem que haja um juízo definitivo sobre a culpabilidade do imputado e, muitas vezes, no limiar da perseguição penal. A prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é, indiscutivelmente, um mal, máxime quando se desveste de sua natureza cautelar, ao ser imposta por razões materiais (garantia da ordem pública).

Por outro lado, ao resguardar os meios ou os fins do processo (necessidade da instrução e da aplicação da lei penal), sua função é garantir a própria efetividade da tutela jurisdicional penal. Ao resguardar a ordem pública, sua função é garantir a normalidade da convivência social. É, indiscutivelmente, um mal necessário.

A prisão, todavia, jamais pode ser a regra. Constitui a *ultima ratio* e, dado o seu caráter excepcional, somente deve ser adotada quando as medidas cautelares dela diversas se mostrarem inadequadas ou insuficientes, em face da situação de perigo criada pelo comportamento do imputado (*periculum libertatis*).

No Brasil, o senso comum acredita que se prenda pouco. Dados empíricos, todavia, contrastam com essa percepção. Na realidade, investiga-se pouco e prende-se provisoriamente muito. Exemplificativamente, a taxa de esclarecimento de homicídios no País oscila entre 5% a 8%, ao passo que a taxa de esclarecimento de roubos no Estado de São Paulo é de aproximadamente 3%. Diversamente, quando se fala em presos provisórios os percentuais crescem vertiginosamente.

Segundo o “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, divulgado em junho de 2014 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária no Brasil era de 567.655 presos, dos quais 41% (média nacional) eram provisórios, que aguardavam decisão definitiva. Em alguns Estados, essa proporção era mais significativa e preocupante: em Sergipe era de 76%; no Piauí, 68%; na Bahia, 64%; e no Amazonas, 63%.

Somando-se à população carcerária mais 147.937 presos que se encontravam em regime de prisão domiciliar, o total de presos elevava-se a 715.592, número que colocava o Brasil em terceiro lugar no ranking dos países com maior população prisional, atrás dos Estados Unidos da América e da China, e à frente da Rússia e da Índia, para mencionarmos apenas os cinco primeiros.

Segundo o mesmo relatório, como o sistema prisional tem capacidade para 357.219 vagas, computando-se somente os presos do sistema penitenciário, registrava-se um déficit de 210.436 vagas, a demandar a construção de aproximadamente 420 presídios, com capacidade para quinhentos presos cada um, somente para acomodar todos os presos do sistema. Se fossem cumpridos os 373.991 mandados de prisão pendentes de cumprimento, dobraria o número de presos do sistema penitenciário.

Esses números demonstram que simplesmente não há vagas para abrigar tantos presos efetivos e potenciais. Por sua vez, a construção de todos os presídios necessários demandaria despesa de grande vulto e retiraria recursos de outras áreas também essenciais, como saúde e educação.

De todo modo, será que todas essas prisões preventivas, ditadas por razões de ordem processual ou material e responsáveis por 41% dos presos do sistema, resistem a uma análise criteriosa de sua legalidade, de sua justificação constitucional, do pressuposto do *fumus commissi delicti*, do requisito do *periculum libertatis* e de sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito?

O sistema de tutelas de urgência no processo penal definitivamente não mais gravita em torno da prisão. A Lei nº 12.403/11 alterou-o substancialmente, ao estabelecer um rol com dez medidas cautelares pessoais dela diversas, que veio a se somar a outras medidas anteriormente contempladas em leis especiais, como o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê a suspensão cautelar da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, e a Lei nº 11.340/06, que prevê medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como escolher racionalmente, dentre esse rol de medidas, a concretamente aplicável?

Segundo Hélio Tornaghi, “a lei põe o problema em equação, mas quem dá o valor das incógnitas é o juiz”. O tema é instigante: quais são os poderes atribuídos ao juiz para atribuir valores a essas incógnitas e a sua extensão? A aplicação da medida cautelar pessoal constitui ou não o exercício de uma potestade discricionária?

O presente trabalho se propõe a investigar como deve orientar-se a escolha da medida cautelar pessoal a ser aplicada ao caso concreto, para que não seja o resultado de um decisionismo judicial, mas sim de adequado cognitivismo processual.

A constitucionalidade de qualquer intervenção no direito fundamental de liberdade depende, essencialmente, de sua fundamentação constitucional, que é controlada a partir da proporcionalidade. A proporcionalidade, portanto, é a pedra angular do sistema de medidas

cautelares pessoais.

A decisão que impõe uma medida cautelar pessoal jamais pode resultar de mera intuição ou discricionariedade do juiz, senão de uma decisão racionalmente justificada. Daí a importância da investigação da existência de um direito fundamental do imputado à individualização da medida cautelar pessoal.

Essa investigação pressupõe a distinção entre regras e princípios, a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, e o estudo das formas de resolução de suas antinomias e colisões, objeto do Capítulo 1. Estabelecidas essas premissas, passa-se, no Capítulo 2, à análise do direito fundamental de liberdade e sua estrutura, suporte fático, conteúdo essencial e formas.

No Capítulo 3, são analisadas todas as normas fundamentais reitoras da intervenção estatal no direito de liberdade. Destacam-se, na legalidade, as vedações constitucionais expressas à prisão cautelar e a impossibilidade de se recorrer à proporcionalidade para justificar a quebra desse princípio. Na presunção de inocência, destacam-se a sua concretização como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento, e suas consequências. Na motivação, dá-se ênfase à questão mais abrangente da discricionariedade. A proporcionalidade, cerne do presente trabalho, merece aprofundado estudo, da controvertida questão terminológica à sua estrutura, passando-se pela discussão a respeito de sua fundamentação jurídico-positiva.

No Capítulo 4, propõe-se, por força de mutação constitucional, uma nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”). Analisam-se os direitos fundamentais implícitos e decorrentes e demonstra-se a existência do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, nas suas dimensões objetiva e subjetiva. Merecem reflexão as consequências da omissão estatal constitucionalmente relevante, notadamente a omissão administrativa em disponibilizar equipamentos de monitoração eletrônica.

No capítulo 5, abordam-se as principais características das medidas cautelares pessoais, enfatizando-se que o raciocínio judicial deve sempre partir no sentido vetorial das menos para as mais invasivas e, apenas em caráter excepcional, alcançar a prisão preventiva. Analisam-se as medidas cautelares em espécie, os seus graus de invasividade e os direitos fundamentais que restringem.

No Capítulo 6, estudam-se os pressupostos e requisitos que devem estar sucessivamente presentes para a aplicação de qualquer medida cautelar, estabelecendo-se o

caminho lógico que o juiz deve necessariamente percorrer para a sua imposição. Sua rigorosa observância confere maior racionalidade ao processo decisório e torna-o intersubjetivamente controlável. Questões relevantíssimas e de grande alcance prático se colocam, como o poder geral de cautela, a justificação constitucional da prisão cautelar e o direito ao silêncio, a imprescindibilidade da correta avaliação da existência e da intensidade da situação de perigo para a aplicação de uma medida cautelar, a garantia da ordem pública. Por fim, individualizada a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado, é preciso determinar, pelo exame da proporcionalidade em sentido amplo, como será feita a intervenção no seu direito de liberdade, de acordo com as exigências cautelares que se apresentam. Analisa-se, então, como submeter uma medida cautelar aos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para estabelecer se, concretamente, poderá ser imposta.

O objetivo do presente trabalho, em suma, é propor um método racional, baseado no exame da proporcionalidade, para controle intersubjetivo da justificação da decisão judicial que, no processo penal, impõe uma medida cautelar pessoal.

1. PRINCÍPIOS E REGRAS. UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

1.1. Considerações iniciais

O objetivo do presente trabalho é propor um método, baseado no exame da proporcionalidade, a ser observado pelo juiz para a concretização do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que um dos pressupostos da interpretação é a inegabilidade do seu ponto de partida. É possível partir da norma positiva, colocada como dogma, ou questioná-la do ponto de vista da sua justiça, caso em que uma concepção de justiça passa a ser o novo ponto de partida. Pode-se ainda questionar a norma do ponto de vista de sua efetividade, “caso em que a possibilidade de produção de efeitos passa a ser o ângulo diretor e o ponto de partida postulado”. O essencial, prossegue, “é que a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível”.¹

Este trabalho adota, como indiscutíveis, dois pontos de partida: i) o sistema de medidas cautelares pessoais não mais gravita em torno da prisão preventiva, cujo caráter excepcional e subsidiário foi reforçado pela Lei n. 12.403/2011, com a instituição de medidas cautelares alternativas e preferenciais em relação a ela;² e ii) a proporcionalidade é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais,³ e não uma válvula regulável ao talante do intérprete para justificar suas violações.

O método proposto pressupõe a aplicação de regras e princípios jurídicos, donde se faz necessário extremá-los, tanto mais que princípio é uma expressão polissêmica,⁴ em

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 143.

² Nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. A redação deficiente do artigo foi bem captada por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que a critica, “(...) na medida em que revela a ato falho do legislador que parece ainda ter em mente que o sistema de medidas cautelares gravita em torno da prisão preventiva, seu epicentro, ao redor do qual giram todas as outras medidas. (...). O magistrado que continuar a raciocinar a partir da prisão preventiva, como primeira, principal e preferencial medida, eventualmente podendo ser ‘substituída’ por ‘outra medida cautelar’, tal qual um ‘favor judicial’ ou um ‘benefício’ generosamente concedido ao acusado, estará violando o caráter subsidiário da prisão e o reconhecimento da liberdade do acusado como regra no processo. A redação do dispositivo deveria ser, portanto, ‘quando não foi cabível medida cautelar diversa da prisão (art. 319), o juiz poderá determinar a prisão preventiva’”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 721).

³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

cujo cerne da variação de significados se encontram a determinação de sua natureza (se constituem normas jurídicas ou não) e a delimitação de suas funções.⁵

A questão, tida por Robert Alexy como a “chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” e “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”,⁶ é tormentosa, dada a diversidade de terminologia, classificações e critérios distintivos empregados.⁷

Parte-se, com Alexy, da premissa de que regras e princípios são espécies do gênero norma, uma vez que ambos dizem o que deve ser. “Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”.⁸

Afasta-se, assim, a contraposição entre norma e princípio, imputável à “indevida superposição de norma e regra jurídica”.⁹

Segundo Humberto Ávila, os critérios usualmente empregados para a distinção entre regras e princípios são:

- a) Critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras terem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto;
- b) Critério do modo final de aplicação, segundo o qual as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos;
- c) Critério do relacionamento normativo, pelo qual antinomia entre regras consubstancia verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 316.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

⁷ As controvérsias a esse respeito foram bem explicitadas por SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 26-27, abril de 2002. _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1, pp. 607-630, 2003. _____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 43-64.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157.

invalidade de uma delas ou com uma cláusula de exceção, ao passo que o relacionamento entre princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles;

d) Critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.¹⁰

Mais comumente, faz-se a distinção entre regras e princípios em razão: i) do seu grau de abstração¹¹ ou generalidade¹² (princípios são normas com grau de abstração ou generalidade relativamente elevado, ao passo que o das regras é relativamente reduzido); ii) do seu caráter de fundamentalidade (princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, assim admitidas por sua evidência ou comprovação, como também “por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *práxis*”;¹³ princípios são mandamentos nucleares, verdadeiros alicerces de um sistema, que lhe dão lógica, racionalidade e harmonia, disposições fundamentais que se irradiam sobre as demais normas e servem de critério para sua compreensão,¹⁴ devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico;¹⁵ princípios são diretrizes normativas axiologicamente superiores às regras)¹⁶; ou iii) do grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto¹⁷ (“princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

¹¹ Essa expressão é empregada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.034. Convém observar que, de acordo com Norberto Bobbio, a lei é geral (generalidade) por disciplinar o comportamento não de uma única pessoa, mas de uma classe de pessoas, tratando-as de forma igual, e é abstrata (abstração) por comandar não apenas uma ação singular, mas uma categoria de ações, com o que cumpre uma exigência fundamental para a conservação da ordem: a certeza jurídica (possibilidade de previsão das consequências jurídicas de um determinado comportamento). (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 232).

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 23ª ed. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 299.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 976-977.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.034.

¹⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 58-59 e pp. 228-231.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

direta”).¹⁸

1.2. A distinção proposta por Robert Alexy

Robert Alexy, após criticar essas teses, propõe uma distinção *qualitativa*, e não de grau, entre regras e princípios.

O professor da Universidade de Kiel define princípios como *mandamentos de otimização*, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, de que exsurge a característica de poderem ser satisfeitos em graus variados, a depender das apontadas possibilidades, sendo que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.¹⁹

Ao ordenarem que algo seja realizado na maior medida possível, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, isto é, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, o que não é determinado pelo próprio princípio. “Disso decorre que os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.²⁰

Em razão desse caráter *prima facie* dos princípios, o conhecimento da sua total abrangência, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o expressa, mas depende daqueles outros fatores já apontados.²¹

As regras, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, cumpridas ou não cumpridas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.034.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91. Humberto Ávila, todavia, objeta que “os princípios, eles próprios, não são mandados de otimização. Com efeito, como lembra Aarnio, o mandado consiste numa proposição normativa sobre os princípios, e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético-condicional): será ou não cumprido. Um mandado de otimização não pode ser aplicado mais ou menos. Ou se otimiza, ou não se otimiza. O mandado de otimização diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação”. Aduz, por fim, que o próprio Alexy passou a definir princípios como “mandamentos a serem otimizados”, em vez de “mandamentos de otimização”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 63 e 131.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 103-104.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

daquilo que é fática e juridicamente possível”.²²

Em outras palavras, regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida,²³ aplicáveis, portanto, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*) proposto por Ronald Dworkin: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.²⁴

Assim, diversamente dos princípios, como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam, “elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”.^{25 26}

Eis a razão por que a distinção proposta por Alexy entre regras e princípios não é de grau, mas sim qualitativa: ela não se radica no seu grau de abstração, de generalidade ou no seu caráter de fundamentalidade, e sim na sua estrutura normativa,²⁷ ou, mais precisamente, na estrutura dos direitos que essas normas garantem.²⁸

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.035.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39. O mesmo autor conceitua princípio como um “padrão” a ser observado, que não apresenta “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (*op. cit.*, pp. 36-40), o que mereceu a crítica de Robert Alexy de que se trata de um modelo muito simples. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104).

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

²⁶ Humberto Ávila discorda que regras e princípios possam ser distinguidos pelo critério do modo de aplicação. Esse autor reputa inadequado afirmar que as regras são aplicadas exclusivamente no modo tudo ou nada, haja vista que a consequência por ela estabelecida *prima facie* pode deixar de ser aplicada em face de razões consideradas pelo aplicador como superiores àquelas que justificam a própria regra, mediante condizente fundamentação. “Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule’s purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*)”. A seu ver, a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada somente tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas, uma vez que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais, abstratamente desconsiderados, para superar as razões para o seu cumprimento. Dito de outro modo, mesmo que ocorra a sua hipótese de incidência, uma regra pode deixar de ser aplicada por motivos que o legislador, ao tratar dos casos normais, não previu. Logo, o modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, para Ávila, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 44-51 e p. 88). Para uma crítica à posição de Humberto Ávila: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 56-64. _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1, pp. 607-630, 2003.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1, p. 613, 2003.

²⁸ Humberto Ávila propõe, ao invés dos critérios do modo de aplicação e do conflito normativo, os seguintes critérios de diferenciação entre as espécies normativas: i) natureza da descrição normativa (as regras descrevem condutas não permitidas, obrigatórias ou permitidas, e os princípios estados ideais a serem

No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, que deverão ser realizados totalmente, caso a regra seja aplicável, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*, vale dizer, diferentes dos que serão realizados definitivamente, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁹

1.3. Antinomias de regras e colisões de princípios

Para Norberto Bobbio, o princípio da coerência do ordenamento jurídico impede a existência de antinomias, isto é, “normas incompatíveis entre si”,³⁰ que, “se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de

promovidos ou conservados); ii) natureza da justificação (as regras exigem um exame de correspondência conceitual, centrado na sua finalidade subjacente, entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, e os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido); iii) natureza da contribuição para a decisão (as regras têm a pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido, e os princípios pretensão de complementaridade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para solução de um problema. Segundo Ávila, a alteração dos critérios de distinção provoca uma alteração da própria definição de princípio. Enquanto a diferenciação baseada no conflito e na força normativa conduz à definição de princípios como normas carecedoras de ponderação, com eficácia provisória, a distinção calcada na justificação leva à caracterização dos princípios como normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras normas. No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. Como a previsão sobre um estado futuro de coisas é irrelevante, as regras, ao invés de um elemento finalístico, possuem um elemento descritivo. Demonstrada a correspondência factual com a hipótese de incidência, o ônus argumentativo é menor, na medida em que a descrição normativa serve, por si só, como justificação. Se a construção conceitual do fato, embora corresponda à descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo será maior. Já no caso dos princípios, segundo Ávila, o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, razão por que o aplicador deverá argumentar de modo a fundamentar a correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. Por não se tratar de demonstração de correspondência, o ônus argumentativo é estável, de modo a não haver casos fáceis e casos difíceis. Como não há descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do conteúdo normativo dos princípios depende, com maior intensidade, do exame do caso concreto. Por fim, cumpre registrar o conceito de regra e de princípio apresentado por Humberto Ávila: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 73-84 e 130-131).

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 45-46.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 203.

dever-ser jurídico contraditórios”.³¹

A ordem jurídica constitui um sistema lógico, composto de elementos que se integram de forma harmoniosa e, por não se amoldar a essa ideia a existência de normas contrastantes regulando uma mesma situação jurídica, o Direito não tolera antinomias.³²

A coerência do sistema é garantida, de acordo com Bobbio,

por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.³³

E é exatamente nos casos de colisões entre princípios ou de regras antinômicas que se faz mais nítida a distinção entre essas duas espécies normativas.

1.3.1. Antinomia de regras

Segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se uma delas portar uma cláusula de exceção que elimine a antinomia, ou se ao menos uma das regras for declarada inválida.

Se duas regras pretendem regular o mesmo caso e sua aplicação gera consequências jurídicas concretas contraditórias ou excludentes entre si, não elimináveis por uma cláusula de exceção, a incompatibilidade poderá ser total e a única solução será declarar a invalidade de uma delas,³⁴ por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* e *lex superior derogat legi inferior*,³⁵ haja vista que a

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 203. O autor – que, ao se referir indistintamente a norma, não aparta regra de princípio – descreve a incoerência do sistema como a situação em que “há” uma norma e “há” uma outra norma incompatível com a primeira, ou seja, “como a situação em que há uma norma a mais (há...há)”.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 47-49.

³⁵ *Idem*, op. cit., p. 93. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 48-49. Segundo Norberto Bobbio, a dificuldade não consiste em individualizar normas antinômicas, mas sim estabelecer qual das normas incompatíveis é a válida e qual deve ser considerada não integrante do ordenamento jurídico, razão pela qual aponta os critérios formulados pela doutrina para a solução de antinomias: cronológico (norma posterior prevalece sobre a precedente), hierárquico (norma de grau superior prevalece sobre a de grau inferior) e de especialidade (norma especial prevalece sobre a geral). O notável jurista, todavia, pondera que esses critérios não resolvem todas as antinomias, pois há casos em que: 1) os próprios critérios conflitam entre si, no sentido de que a uma mesma antinomia sejam aplicáveis dois critérios, cada um levando a resultado diverso e 2) não é possível aplicar nenhum dos critérios. E exemplifica: 1) Hipóteses

antinomia jurídica impõe a sua extirpação do sistema.³⁶

1.3.2. Colisão entre princípios

As colisões entre princípios, que ocorrem na dimensão do peso,³⁷ exigem

de conflitos entre dois critérios: a) Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico: norma precedente e de grau superior pode ser antinômica em relação a uma sucessiva e de grau inferior. Prevalece o critério hierárquico. b) Conflito entre o critério da especialidade e o cronológico: norma precedente e especial é antinômica em relação a uma sucessiva e geral. Prevalece o critério da especialidade. Assim, o critério hierárquico e o da especialidade são fortes; o cronológico é fraco. c) Conflito entre critério hierárquico e o de especialidade: norma geral e de grau superior é antinômica em relação a uma especial e de grau inferior. Nesse caso é mais difícil saber qual critério prepondera. Poderia se recorrer, subsidiariamente, ao critério cronológico para determinar a prevalência da norma posterior: a norma superior geral precedente cede diante da norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com a norma inferior especial precedente. A doutrina, porém, não é unânime; 2) Hipótese de inaplicabilidade dos três critérios: normas antinômicas contemporâneas, paritárias e gerais (v.g., duas normas gerais de um mesmo código: todas as disposições nele estabelecidas têm o mesmo valor hierárquico e foram emanadas ao mesmo tempo). Para que não subsista a antinomia, que negaria o requisito da coerência, recorre-se ao critério de prevalência da *lex favorabilis* sobre a *lex odiosa*, entendendo-se como tais, respectivamente, as leis que estabelecem uma permissão e as que estabelecem um imperativo (comando ou proibição). (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995, pp. 203-207. Para uma abordagem mais aprofundada de antinomias jurídicas e critérios sistemáticos para sua resolução: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 87-147. De qualquer forma, não se pode olvidar que, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, no conflito de leis penais no tempo, a lei mais benéfica é dotada de extra-atividade: prevalece sobre a mais severa, prolongando-se além do instante de sua revogação (ultra-atividade) ou retroagindo ao tempo em que não tinha vigência (retroatividade). Nesse sentido: JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal* – parte geral. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 72-75, 1º vol. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 62-79, vol. 1. Embora a doutrina penal tradicionalmente trate essa norma como princípio, cuida-se, indiscutivelmente, de acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy, de uma regra que garante um direito definitivo a ser realizado totalmente, caso ela seja aplicável: “a norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como ‘é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação’”. O exemplo é de Virgílio Afonso da Silva. (*Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45). Sobre direito intertemporal e aplicação imediata da lei processual penal (art. 2º, CPP), vide item 3.2.1.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 189.

³⁷ Ronald Dworkin foi quem observou que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso ou importância, de modo que, quando dois princípios se entrecruzam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42). Em sentido contrário, Humberto Ávila afirma que “há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada dimensão de peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59).

tratamento diverso das antinomias entre regras, que ocorrem na dimensão da validade.

Pela teoria dos princípios de Robert Alexy, se dois princípios colidem, e somente princípios válidos podem colidir, prevendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido (e consequentemente extirpado do ordenamento jurídico) ou que se fará necessária uma cláusula de exceção: a solução exigirá a fixação de relações condicionadas de precedência, ou seja, a determinação das condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.^{38 39}

A tensão entre princípios não se resolve com o estabelecimento de uma precedência absoluta, em abstrato, de um deles, e sim mediante um sopesamento que tenha por base o caso concreto, a fim de se definir qual deles terá precedência sobre o outro e prevalecerá nas condições dadas, já que, sob outras condições, a relação de precedência poderá ser resolvida de forma contrária. A questão decisiva, portanto, é fixar sob que condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Em outros termos, fixar quais as razões

³⁸ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 93-99. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 50-51.

³⁹Humberto Ávila discorda que o critério do conflito normativo seja útil para distinguir regras de princípios. A seu ver, apesar de se sustentar que o conflito entre regras se verifica em abstrato e que sua solução se dá no plano da validade, ao passo que princípios entram em conflito apenas em concreto, cuja solução se dá no plano da aplicação, mediante a atribuição de uma dimensão de peso maior a um deles, a ponderação não é um método privativo dos princípios, haja vista que também se aplica às regras, enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação. Essa ponderação ocorre quando regras, que convivem em abstrato, entram em conflito no caso concreto. Essa antinomia, segundo Ávila, pode ser resolvida exclusivamente no plano da aplicação, mediante a atribuição de um peso maior a uma das regras em conflito, que deverá prevalecer, sem a necessidade de se declarar a invalidade de uma delas ou de criar uma exceção (plano da validade). As regras, portanto, não obstante verificada a hipótese de incidência normativa, também podem ter o seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões. “É preciso, pois, aperfeiçoar o entendimento de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Trata-se de uma qualidade contingente; não necessária”. Em suma, para Ávila, a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. Apenas o modo de ponderar é que é diverso. Por fim, Ávila afirma que não é correto afirmar que as regras devam ser aplicadas no todo e que os princípios devam ser aplicados apenas na máxima medida. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 51-63). Para uma crítica à posição de Humberto Ávila: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 56-64. _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1, pp. 607-630, 2003.

suficientes para que a um princípio (*P1*) se atribua um peso maior que ao outro (*P2*) contra o qual colide.⁴⁰

Exemplo clássico é a contraposição entre liberdade de imprensa e direito à privacidade, ilustrado por Alexy com o famoso caso Lebach:⁴¹ resolvida a colisão, os dois princípios – o que garante o direito *prima facie* à liberdade de informar, e o que assegura *prima facie* o direito à proteção da personalidade – continuam tão válidos quanto antes, e um não institui exceção ao outro, “já que às vezes prevalecerá um, às vezes o outro, ao contrário do que acontece no caso das regras. Tudo dependerá das condições do caso em questão”.⁴²

A teoria das relações de precedência condicionadas permitiu a Alexy a formulação de uma regra, intitulada lei de colisão, a qual, em face da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente:

Se o princípio *P1* tem precedência em face do princípio *P2* sob as condições *C*: (*P1* **P** *P2*) *C*, e se do princípio *P1*, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Essa mesma regra, de acordo Alexy, poderia ser formulada nos seguintes termos: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.⁴³

Para ilustrar a aplicação dessa regra, Alexy recorreu ao exemplo de um preso que corria grave e concreto risco de sofrer derrame cerebral ou infarto se participasse de uma audiência criminal. Havia uma colisão entre o direito à vida e à integridade física do preso

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 95-99.

⁴¹ Um programa televisivo pretendia narrar o roubo de armas do exército alemão, perto da cidade de Lebach, mediante o assassinato de quatro soldados que estavam de sentinela. Um dos condenados por esse crime seria libertado da prisão na época da exibição do documentário, e sustentou que sua citação nominal e identificação por fotos violaria seus direitos de personalidade e ameaçaria sua ressocialização. Como nenhuma das normas colidentes era inválida ou tinha precedência absoluta sobre a outra, a colisão foi solucionada por meio de um sopesamento, em que se decidiu qual interesse devia ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais. O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao estabelecer a relação de precedência condicionada, concluiu que, naquelas circunstâncias, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, colocaria em risco a ressocialização do condenado, razão pela qual a proteção da personalidade tinha precedência sobre a liberdade de informar, de que resultou a proibição de veiculação da notícia. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 99-102).

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 98-99. Sobre suporte fático, vide item 2.2.

(P1) e o dever estatal de garantir adequada aplicação (operacionalidade) do direito penal (P2). Isoladamente considerados, P1 e P2 levavam a soluções contraditórias: o direito à vida proibia a realização audiência, ao passo que o dever de aplicar o direito penal tornava-a obrigatória. Foi preciso estabelecer sob que condições um princípio teria precedência sobre o outro e, portanto, prevaleceria. O tribunal alemão, mediante sopesamento, assentou que, se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, a realização desse ato processual viola o referido direito fundamental do preso, e concluiu que P2 deveria ceder a P1, pois, nas condições dadas, a intervenção estatal violaria a proporcionalidade e, com isso, um direito fundamental (representado por P1). “Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.⁴⁴

Não existe, portanto, um critério de solução de colisões de princípios, válido em termos abstratos. Todos os princípios podem colidir e, no caso concreto, é que se estabelecerão sob quais condições um deles prevalecerá e o outro terá que ceder.⁴⁵

Nada impede, todavia, que se colha, de um precedente, “um viés para a solução de conflitos vindouros”. Assim, num caso futuro, repetidas as mesmas condições de fato do precedente, um dos princípios tenderá a prevalecer sobre o outro.⁴⁶

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 94-99. Logo, afirma o autor, “se uma ação *h* preenche *C*, então *h* é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”, de modo que *C* é o pressuposto do suporte fático de uma regra.

⁴⁵ Humberto Ávila, diversamente, aduz que a afastabilidade (defectibilidade), por razões contrárias, por meio de ponderação, não é elemento essencial, definitório, mas apenas contingente dos princípios. Esse autor sustenta que nem todos os princípios possuem força normativa *prima facie*, no sentido de irradiarem uma força provisória, dissipável em razão de princípios contrários. A seu ver, a ponderação pressupõe a concorrência horizontal entre princípios, e nem todos os princípios mantêm uma relação paralela entre si. Em primeiro lugar, afirma Ávila, nem todos os princípios exercem a mesma função: há princípios que prescrevem o âmbito e o modo de atuação estatal, como os princípios republicano, federativo, democrático, do Estado de Direito, e há princípios que conformam o conteúdo e os fins da atuação estatal, como os princípios do Estado Social, da liberdade e da propriedade. Sua relação não é de oposição ou conflito, mas de complementaridade. Em segundo lugar, nem todos os princípios se situam no mesmo nível, pois há princípios que se encontram em relação de subordinação com outros. Em terceiro lugar, nem todos os princípios têm a mesma eficácia. Em todas essas situações, os princípios não entram em colisão horizontal com outros e, por essa razão, não se submetem a ponderação que possa levar ao seu eventual afastamento. Para Ávila, os chamados princípios estruturantes, como os princípios do Estado de Direito, da separação dos poderes, republicano, federativo, do devido processo legal, da igualdade, não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, de modo que não se sujeitam a ponderação nem admitem o seu afastamento diante de princípios colidentes. Desta feita, assim como há princípios carecedores de ponderação, há outros que a ela são herméticos. Humberto Ávila, com essas considerações, pretende chamar a atenção para o fato de que a definição de princípios, em caráter absoluto, como normas carecedoras de ponderação, conduz a um “relativismo axiológico”, de acordo com o qual todo e qualquer princípio poderia ser afastado, inclusive aqueles reputados fundamentais, que veiculam valores que não poderiam ser descartados. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 122-129).

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

1.3.3. Colisão entre regras e princípios

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, a colisão entre regras e princípios talvez seja o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios, cuja resolução poderia se operar: i) mediante um sopesamento entre ambos, para definir qual prevaleceria, o que contrasta com a própria definição de regra, que não é dotada de dimensão do peso e, portanto, não é sopesável; ii) no plano da validade, o que seria incompatível com a natureza do princípio, que permanece válido quando sua aplicação é restringida em favor de outra norma, ou iii) mediante sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, resposta comumente adotada.⁴⁷

Nesse último caso, parte-se da premissa de que não se está diante de uma regra propriamente dita, mas sim do princípio que a ela subjaz, conformando-a ou justificando-a, o que permitiria o sopesamento, não entre a regra e o princípio P1 em colisão, mas entre este (P1) e o princípio P2 que dá suporte à regra.⁴⁸

Ocorre que essa solução, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, também se mostra problemática, na medida em que possibilita ao aplicador do direito, em quaisquer casos e situações, afastar a aplicação de uma regra sob o fundamento de que deve prevalecer um princípio mais importante, o que gera grave instabilidade jurídica. Em verdade, a regra em questão já é produto de um sopesamento realizado pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais. “A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção”.⁴⁹

De todo modo, cabe ao juiz fazer o controle de constitucionalidade dessa regra: se constitucional, deverá ser aplicada, como toda regra, por subsunção; se inconstitucional, por colidir com outro princípio, será declarada inválida e a situação de colisão

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 51-52.

⁴⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 305. O exemplo citado pelo autor é o da aparente colisão entre a regra do sigilo do inquérito policial (art. 20, CPP), justificada pelo princípio da eficiência da administração (art. 37, *caput*, CF), e o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF). A colisão, assim, se dá entre os dois princípios constitucionais e caberá ao juiz, no caso concreto, mediante sopesamento das suas circunstâncias especiais (v.g., necessidade de diligências sigilosas, interceptações telefônicas), fixar as relações condicionadas de precedência, a fim de determinar qual deles prevalecerá (ausência de sigilo, sigilo parcial ou sigilo total).

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 51-52.

desaparece.⁵⁰

1.4. A Constituição como sistema de princípios e regras

A Constituição, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, deve ser compreendida como um sistema aberto de regras e princípios.⁵¹

Se fosse constituída exclusivamente por regras, teria limitada racionalidade prática. Exigiria disciplina exaustiva dos fatos, inexistência de casos duvidosos - “o que a experiência histórica e reflexões lógicas, semânticas e metodológicas demonstram ser impossível, pois necessariamente os modelos de regras puros apresentam lacunas”⁵² -, fixação definitiva de premissas e consequências jurídicas, e não permitiria o sopesamento.⁵³

Por outro lado, um sistema constituído exclusivamente de princípios (sistema puro de princípios) traria grave insegurança jurídica, dada a sua indeterminação e fraqueza,⁵⁴ a coexistência de princípios colidentes, a dependência das possibilidades fáticas e jurídicas e a inexistência de regras precisas de conduta.⁵⁵

O sistema jurídico, portanto, necessita de uma distribuição equilibrada de regras e de princípios,⁵⁶ em que “as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica –

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 52-53. Nessa hipótese, subsume-se outro exemplo citado por Maurício Zanoide de Moraes para ilustrar uma colisão entre regra e princípio. A regra do art. 3º, da Lei n. 9.034/95, estabelecia que, no caso de violação de sigilo, o juiz pessoalmente realizaria a diligência, o que colidia com o princípio da imparcialidade do magistrado, derivado dos princípios acusatório, do juiz natural e do devido processo legal. Resolveu-se essa colisão pela declaração de inconstitucionalidade da regra pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.570-2, Plenário, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJe 22/10/04. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 307-308).

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.036.

⁵² ALEXY, Robert. *El concepto e la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedissa, 2004, p. 168.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.036-1.037.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *El concepto e la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedissa, 2004, pp. 165-167.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.036-1.037.

⁵⁶ No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios (ou os valores que exprimem), como liberdade, igualdade, Estado de Direito, são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações e compromissos. A seu ver, em virtude da sua referência a valores ou da sua relevância, os princípios exercem uma função normogenética (são fundamentos de regras, isto é, estão na sua base ou constituem a sua *ratio*) e uma função sistêmica (que lhes permite ligar ou cimentar todo o sistema constitucional), possibilitando, com sua textura aberta, que o próprio sistema respire e caminhe. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.037).

previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”.⁵⁷

1.5. Breve conclusão

Princípios colidentes coexistem, regras antinômicas excluem-se. Princípios permitem balanceamento de valores e interesses, ponderação, harmonização, de acordo com seu peso, por não estarem adstritos à lógica do tudo-ou-nada, e regras não deixam espaço para qualquer outra solução: se uma regra tem validade, deve ser cumprida na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos.⁵⁸

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 352.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.035.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE

2.1. Direito de liberdade. Norma fundamental com estrutura de princípio

A doutrina, ao tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais, tradicionalmente, aponta a existência de três gerações⁵⁹ de direitos, representativas do lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.⁶⁰

Temos, assim, os direitos fundamentais de primeira geração, correspondentes aos direitos de liberdade reivindicados nas Revoluções americana e francesa, assim entendidos

⁵⁹ Esse termo é severamente criticado por Antônio Augusto Cançado Trindade, em apresentação à obra de Flávia Piovesan. Para ele, a fantasia das chamadas “gerações” de direitos fundamentais corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada de sua evolução no tempo. Aduz que, diversamente do que sugere a visão simplista de uma sucessão “generacional”, os direitos humanos não se sucedem ou se substituem uns aos outros, mas, antes, se expandem, se acumulam e se fortalecem. O fenômeno, portanto, não é de sucessão, mas sim de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos consagrados, a revelar sua natureza complementar e não fragmentária. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XLI). Jorge Miranda aduz que o termo geração de direitos “afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em um Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática”. Assim, direitos oriundos de uma certa época recebem os influxos dos novos direitos, com o que ganham novas significações. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24, Tomo IV - direitos fundamentais). No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco anota que a distinção entre gerações de direitos fundamentais é estabelecida com o mero propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica, o que não significa que os direitos previstos num momento foram suplantados pelos que surgiram no momento subsequente. Os direitos de cada geração persistem válidos, ainda que seu significado sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo de sua evolução no tempo. (In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138). Ingo Wolfgang Sarlet prefere o termo “dimensões”, reconhecendo que, a despeito da questão terminológica, há consenso quanto ao conteúdo das respectivas “dimensões” ou “gerações” de direitos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45. Feitas essas observações, optamos pela expressão “gerações”, por se tratar de conceito tradicional, já consolidado doutrinariamente e bem ilustrativo de momentos históricos de posituação de direitos fundamentais.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57. O lema revolucionário, na arguta observação de Paulo Bonavides, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando a sequência histórica de sua gradativa institucionalização. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 580-581). O constitucionalista se refere, ainda, a direitos fundamentais de quarta - que compreenderiam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, e corresponderiam, a seu ver, à derradeira fase de institucionalização do Estado social – e de quinta geração – que compreenderia o direito à paz. (*Idem, op. cit.*, pp. 589-591 e pp. 598-613). Jorge Miranda, por sua vez, observa que, “num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, correntemente, três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24, Tomo IV - direitos fundamentais). Desborda, todavia, dos fins deste trabalho uma análise mais aprofundada desse tema.

como direitos de defesa, resistência ou oposição em face do Estado. Trata-se das chamadas liberdades clássicas, negativas ou formais, que garantem ao indivíduo uma esfera de proteção e autonomia na qual o Estado não deve intervir, e que compreendem, em razão de sua inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à inviolabilidade do domicílio, dentre outros.⁶¹

Os direitos fundamentais de segunda geração, superando o paradigma dos direitos de defesa de cunho negativo, importaram no reconhecimento de uma nova categoria de direitos, condizente com uma atuação estatal mais ativa em prol de justiça social: os direitos a prestações positivas, como assistência social, saúde, moradia, educação e trabalho. Trata-se das liberdades positivas, reais ou concretas, na medida em que não exigem uma abstenção do Estado, mas constituem direitos a serem exercidos por seu intermédio. Traduzem uma busca de igualdade material e correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais.⁶²

Como bem sintetiza Robert Alexy, se os direitos de defesa constituem proibições de destruir ou afetar negativamente algo, os direitos a prestações são, para seus destinatários, obrigações de proteger ou fomentar algo.⁶³

Por fim, os direitos de terceira geração, conhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, que se caracterizam por sua titularidade coletiva ou difusa, uma vez que não voltados especificamente para a proteção do indivíduo, mas sim da coletividade ou de grupos. Compreendem os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à qualidade

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 195-200 e 433. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 43-47. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 157-158. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 580-581. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 47-48.

⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 48-51. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 159-160. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 582-583. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 47-48. Para Sarlet, o direito de igualdade, entendido como igualdade em sentido formal (perante a lei) e algumas garantias processuais, tais como o devido processo legal e o *habeas corpus*, também se enquadram nessa categoria.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 461. Ainda sobre a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações, v. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 109-116.

de vida, à autodeterminação dos povos, à conservação do patrimônio histórico e cultural.⁶⁴

Interessam-nos, especificamente, os direitos de liberdade.

Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, deixa claro que o seu objeto são os direitos fundamentais positivados pela Constituição alemã e a análise crítica da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão relativa a esses direitos.⁶⁵

Por essa razão, ao tratar do direito geral de liberdade, invoca a interpretação, dada por aquela Corte, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º, § 1º, da Constituição alemã,⁶⁶ como um direito fundamental autônomo à liberdade geral de ação humana, ou seja, à liberdade, *prima facie*, de se fazer ou deixar de fazer o que se quer, proteção que compreende não apenas as ações do titular do direito fundamental, mas também situações e posições jurídicas suas e, caso nenhuma restrição ocorra, o direito *prima facie* a que o Estado nelas não intervenha.⁶⁷

É amplo, portanto, o suporte fático desse direito geral de liberdade.⁶⁸

Em outras palavras, trata-se de um “direito fundamental que assiste ao cidadão de apenas ser onerado com uma desvantagem com base naquelas normas que são formal e materialmente conformes à Constituição”.⁶⁹

Robert Alexy, após observar que “a ausência de obstáculos, restrições ou resistências constitui o cerne do conceito de liberdade”,⁷⁰ discerne dois tipos de liberdade: a positiva e a negativa.

No primeiro caso, objeto da liberdade é uma única ação; no segundo, há uma alternativa de ação. Apenas nessa última hipótese há liberdade jurídica, resultado da conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 34-35. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 137-138. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 587-588. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 48-50.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 25-28, 31-36 e 65-69.

⁶⁶ Constituição Alemã: “Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 341-343. O autor, como exemplo do direito a não-afetação de uma situação, cita a inviolabilidade do domicílio, e como exemplo do direito à não-eliminação de uma posição jurídica, invoca a posição de proprietário (*Op. cit.*, pp. 199-201).

⁶⁸ Sobre suporte fático, vide item 2.2.

⁶⁹ BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 219, nota de rodapé 114.

fazer. Por exemplo, somente haverá liberdade jurídica de professar uma crença quando for não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer. Em contrapartida, não haverá liberdade jurídica se a realização de uma ação ou sua abstenção forem obrigatórias.⁷¹

Por sua vez, uma ação ou abstenção pode ser qualificada como permitida caso se baseie numa norma permissiva expressa (permissão explícita) ou na inexistência de uma norma mandatória ou proibitiva (permissão implícita).

Ocorre que uma permissão constitucional é mais do que a mera ausência de deveres ou proibição. Com efeito, as normas de direito fundamental permissivas exercem uma função relevantíssima, que a mera ausência de normas mandatórias ou proibitivas não supre: estabelecer os limites de atuação do legislador infraconstitucional, o qual, pena de inconstitucionalidade, não pode proibir ou obrigar condutas que as normas de direito fundamental permitem fazer ou deixar de fazer.⁷²

O direito geral de liberdade está positivado nos mais importantes instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos fundamentais⁷³ que vinculam o Brasil, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁴ - todas as pessoas nascem livres (art. 1º), toda pessoa tem direito à liberdade (art. 3º), ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada (art. 12) e toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível (art. 22, 1) -; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷⁵ - toda pessoa tem direito à liberdade (art. 9º), ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada (art. 17) - e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁷⁶ - toda pessoa tem direito à liberdade pessoal (art. 7º, 1).

Os direitos de liberdade constituem direitos de defesa, de primeira geração, que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não-interferência, de não-intromissão⁷⁷ na

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 220-228.

⁷² *Idem*, op. cit. pp. 230-232.

⁷³ Flávia Piovesan elaborou elucidativo quadro com a data de adoção de cada instrumento internacional e de sua ratificação pelo Brasil, ora utilizado como fonte. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 383-386).

⁷⁴ Aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948.

⁷⁵ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/91, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 6/7/92.

⁷⁶ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25/9/92 e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6/11/92.

⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 192. Segundo o autor, não se pode deslembrar o caráter complexo e multifacetado da maior parte dos direitos subjetivos fundamentais, na medida em que “num mesmo direito fundamental, unitariamente designado, podemos encontrar combinados poderes de exigir comportamento negativo (das potências públicas) com poderes de exigir ou pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem,

esfera de autonomia individual e, nesse sentido, configuram norma de competência negativa aos Poderes Públicos, que não podem criar embaraços ao seu exercício, quer material, quer juridicamente.⁷⁸

Os direitos de defesa constituem direitos subjetivos,⁷⁹ na medida em que atribuem ao seu titular⁸⁰ o poder jurídico de fazer valer, judicialmente, a consequência jurídica pelo descumprimento do dever correspondente.⁸¹

poderes que têm muitas vezes recortes diferentes e aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou de ação ou sujeições (deveres de tolerar). Por outro lado, os sujeitos passivos dos direitos podem ser, simultaneamente, mas em medida diversa, o legislador, a administração, o poder judicial ou, em certos casos, entidades privadas (...). Não há, portanto, um singular poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional, pois a representação mais adequada de um direito subjetivo fundamental “é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direções distintas” (*Op. cit.*, pp. 188-189). Para Robert Alexy, esse feixe de posições de direitos fundamentais, que compreende posições individuais dos cidadãos e do Estado, constitui o denominado direito fundamental completo. Como as normas de direito fundamental podem ter estrutura de princípio ou de regra, nesse feixe incluem-se tanto posições definitivas quanto posições *prima facie*. Alexy exemplifica com a liberdade de pesquisa e ensino (art. 5º, §3º, da Constituição alemã), que enfeixa três diferentes posições individuais: i) liberdade jurídica para realizar atos no âmbito científico, ii) direito a que o Estado não embarace tais atos, vale dizer, direito a uma ação negativa do Estado, que garanta essa liberdade jurídica (direito de defesa), e iii) direito a que o Estado proteja essa liberdade, ou seja, *direito a ações estatais positivas*, inclusive de caráter organizacional (sem a qual a atividade científica livre não seria possível). Enfeixa ainda deveres do Estado, como o de prover adequadas estruturas universitárias para garantir, tanto quanto possível, aquela liberdade (caráter principiológico da norma de direito fundamental), e o de assegurar a posição proeminente dos professores universitários na organização da liberdade científica, inclusive vedando que eles sejam voto minoritário em comissões julgadoras de concursos (proibição com caráter de regra). (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 248-253).

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 157-158.

⁷⁹ Jorge Miranda critica a qualificação dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos. “Direitos subjetivos públicos significam direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito privado”. Para o autor, esta simetria poderia inculcar identidade de natureza, quando nada a justifica, dada a estrutura heterogênea dos direitos fundamentais e a duvidosa qualificação de alguns deles como direitos subjetivos. Aduz que o âmbito dos direitos públicos subjetivos compreende diversas outras situações, relacionadas ao Direito administrativo, processual e tributário, tudo a desaconselhar seu emprego como sinônimo ou em paralelo a direitos fundamentais. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 56-58, Tomo IV - direitos fundamentais). Ingo Wolfgang Sarlet também afasta o emprego dessa expressão, aludindo à eficácia dos direitos fundamentais em geral nas relações privadas, bem como à existência de direitos fundamentais que têm por destinatário entidades privadas. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 152).

⁸⁰ Ingo Wolfgang Sarlet registra que se costuma empregar o termo *destinatário* (= destinatário da proteção ou tutela do direito) como sinônimo de titular de direitos fundamentais. Ocorre que “titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face do qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”. Logo, a terminologia mais adequada é *titular* de direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 209).

⁸¹ Hans Kelsen aponta a controvérsia a respeito do que se entende por direito subjetivo, ora determinado como interesse juridicamente protegido (teoria do interesse, formulada por Jhering), ora como poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica, no sentido de que o titular do direito detém o controle sobre a posição a ele outorgada pela norma, cabendo-lhe optar por demandar ou não (teoria da vontade,

formulada por Windscheid). Quando um indivíduo se encontra juridicamente obrigado perante outro, este pode exigir ou reclamar, daquele, a conduta (ação ou omissão) a que está obrigado. “Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se aparentemente duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é exclusivamente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir de determinada maneira em face de um outro indivíduo”. Conclui que o direito subjetivo, nesta acepção, nada mais é do que reflexo daquele dever, pois a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, já está conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Para Kelsen, direito subjetivo em sentido técnico somente existe quando ao indivíduo se confere o poder jurídico para fazer valer o não-cumprimento (= fazer valer a satisfação) de um dever jurídico, por meio de uma ação judicial. O exercício deste poder é exercício de um direito no sentido próprio da palavra. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 138-151). Martin Borowski também registra que a justiciabilidade, ou seja, a sua exigibilidade judicial, é a nota característica dos direitos subjetivos, e que, indubitavelmente, os direitos fundamentais de defesa são direitos subjetivos. (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 40-47 e pp. 119-120). No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, que identifica direitos fundamentais subjetivos com a possibilidade que tem seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 154). Segundo José Carlos Vieira de Andrade, “o direito subjetivo exprime a soberania jurídica (limitada embora) do indivíduo, quer garantindo-lhe certa liberdade de decisão, quer tornando efetiva a afirmação do ‘poder de querer’ que lhe é atribuído. Poder (disponibilidade), liberdade (vontade) e exigibilidade (efetividade) são, deste modo, elementos básicos para a construção do conceito de direito subjetivo”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 163-164). Robert Alexy ilustra, com duas situações, sua abordagem inicial dos direitos fundamentais como direitos subjetivos: i) não obstante a norma “N”, caso seja aplicada ao caso de “a”, confira a este um direito subjetivo, há dúvida se ela é realmente aplicável ao caso de a, o que significa que é duvidoso se, diante das condições presentes, ela confere a “a” um direito subjetivo. Trata-se de simples problema de interpretação: ii) não há dúvida de que a norma “N” seja aplicável ao caso de “a”, mas é duvidoso se “N” garante algum direito subjetivo. Trata-se de um problema normativo. A seguir, diferencia norma (= aquilo que um enunciado normativo expressa) e posição. O enunciado “todos têm o direito de expressar sua opinião” expressa uma norma universal, com base na qual é possível formular uma norma individual: “a tem, em face do Estado, o direito de expressar livremente a sua opinião”. A norma individual, portanto, expressa uma posição. Os direitos subjetivos são compreendidos como posições e relações jurídicas no sentido apresentado. Alexy critica a citada definição de Kelsen de direito subjetivo, sob o fundamento de que a estrutura lógica do direito em si não se confunde com o poder jurídico de fazer valer a sua satisfação, mesmo porque esse poder jurídico para a exigibilidade de um direito constitui uma posição que também pode ser designada de “direito”. Para tanto, invoca o art. 19, § 4º, da Constituição alemã, que abre a via judicial para todo aquele tenha um direito violado pelos Poderes Públicos, e, no seu entender, seria supérfluo “diante de uma definição que já incluísse no conceito de direito subjetivo o poder para demandar judicialmente”. O autor opta por utilizar a expressão “direito subjetivo” como um supraconceito que designa: i) direitos a algo, ii) liberdades, e iii) competências. Os direitos a algo podem ter por objeto uma ação negativa (abstenção) ou uma ação positiva (um fazer) do destinatário. Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas correspondem aos chamados “direitos de defesa”, que se dividem em três grupos: i) direitos a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito, como a locomoção, a manifestação de crença, a reunião, a escolha de uma profissão; ii) direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito, como a inviolabilidade do domicílio, e iii) direitos a que o Estado não afete ou elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito, como a de proprietário. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em sentido amplo. Por sua vez, as competências – grupo que inclui expressões como poder jurídico e capacidade jurídica – importam na possibilidade de alteração de uma situação jurídica por meio de determinadas ações do titular. A celebração de um contrato ou um casamento, assim como a promulgação de uma lei ou a edição de um ato administrativo constituem o exercício de uma competência. Existem competências do cidadão que gozam de proteção no âmbito dos

Liberdade⁸² “é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.⁸³

O traço específico das posições subjetivas identificadas como liberdades é a alternativa de comportamento, ou seja, a possibilidade de escolha de uma conduta.⁸⁴ É a liberdade de agir, escolher e conduzir-se sem obstáculos e sem limitações ilegais.⁸⁵

Para Robert Alexy, a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Caso nenhuma restrição ocorra, a cada um é *prima facie* permitido fazer ou deixar de fazer o que se quiser, e cada um tem *prima facie* o direito, em face do Estado, a que este não embarace a ação ou abstenção para as quais ele é constitucionalmente livre.⁸⁶

Dentre os princípios axiologicamente superiores da Constituição Federal avultam, a par da dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República Federativa do Brasil – art. 1º, III, da Constituição Federal), os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, cuja inviolabilidade, juntamente com os direitos à segurança e à propriedade, é garantida

direitos fundamentais, de modo que a supressão, pelo legislador, da competência para contrair matrimônio, criar associações, adquirir propriedade ou testar importaria em violação de uma norma de direito fundamental. Para Alexy, as competências se relacionam com os direitos a algo e com as liberdades, na medida em que, por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida. Em outras palavras, a liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 180-253).

⁸² Robert Alexy observa que liberdade é um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros, de âmbito quase ilimitado de aplicação e de forte conotação emotiva. De qualquer forma, a ausência de obstáculos, restrições ou resistências constitui o cerne desse conceito. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, em especial nota de rodapé 114).

⁸³ O conceito, de Jean Rivero, é citado por José Afonso da Silva. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 235). Também o empregam Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, embora sem atribuição de fonte. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas* (parte geral). São Paulo: Saraiva, 1978, p. 6).

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1128.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 291, tomo V.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 234 e 343-344. Relembre-se que sua teoria é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, que garante não apenas direitos a determinadas liberdades, mas também um direito geral de liberdade, extraído pelo Tribunal Constitucional Federal do seu art. 2º, §1º, que trata do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*Idem, op. cit.*, pp. 31-31 e 341). Para Hans Kelsen, a liberdade de uma pessoa - que assenta no fato de uma determinada conduta lhe ser permitida, por não ser proibida - é garantida pela ordem jurídica apenas na medida em que esta prescreve às outras pessoas o respeito desta liberdade e lhes proíbe a ingerência nesta esfera de liberdade. “Somente então pode a conduta não proibida - e, neste sentido negativo, permitida - valer como um direito, isto é, como conteúdo de um direito que é reflexo de uma obrigação que lhe corresponde”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 46).

por seu art. 5º, *caput*.⁸⁷

A *inviolabilidade* não implica a existência de direitos absolutos, pois toda norma de direito fundamental com estrutura de princípio é restringível.⁸⁸

Para Gustavo Zagrebelsky, a coexistência de valores e princípios, em que necessariamente se baseia a Constituição, exige que cada um deles tenha caráter não absoluto, compatível com os demais com que deve conviver, o que conduz à imagem da “ductibilidade” do direito.⁸⁹

Diante da tendencial inconciliabilidade de princípios, prossegue Zagrebelsky, a impedir que, num eventual conflito, se atribua a vitória a todos, o imperativo da não-contradição impõe a realização, positivamente, de sua concordância prática, que se traduz

⁸⁷ Juarez Freitas denomina-os princípios fundamentais, entendendo como tais os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, e que são guias do intérprete na solução de antinomias jurídicas. (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 58-59). Ressalte-se que, embora haja aproximações entre sua linha de pensamento e a teoria dos princípios de Alexy, existem diferenças no tocante à distinção que ambos formulam entre regras e princípios, conforme o próprio autor admite (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47, nota de rodapé n. 34, e pp. 228-231). A propósito, digna de registro a crítica de Robert Alexy a uma *teoria dos valores*, em face da dificuldade de se estabelecer uma ordem hierarquizada de valores, imputável a dois problemas: i) a identificação do que deva ser ordenado: a dificuldade de formação de um catálogo fechado e completo de valores, que não se resume a conceitos de alto nível de generalidade (dignidade, liberdade, igualdade) e possa atingir níveis mais concretos, e ii) a ordenação em si mesma considerada: a dificuldade de elaboração de uma escala ou relação de superioridade (preferência) ou igualdade (indiferença) valorativas. Ora, não há como se atribuir valores hierárquicos abstratos a princípios, dada a impossibilidade de metrificação dos pesos e das intensidades de sua realização. Uma ordenação hierárquica abstrata importaria, sempre, na precedência de um dado princípio sobre outro, independentemente de qualquer ponderação no caso concreto (v.g., a proteção da personalidade prevaleceria, em todos os casos, sobre a liberdade de informar, de modo que o menor fomento à proteção da personalidade justificaria a mais intensa restrição à liberdade de informar), o que contrariaria a tese de que nenhum princípio pode ter uma pretensão de precedência abstrata. De qualquer forma, a impossibilidade de uma ordenação rígida não afasta a possibilidade de uma ordenação *flexível*, por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio, o que se obtém pressupondo-se uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, da igualdade ou de interesses coletivos, questões intimamente ligadas à ideia de sopesamento. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 144-163).

⁸⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 65-85 e p. 133. Para Mario Chiavario, a fim de que não se reduza a expressão “inviolabilidade”, prevista no art. 13 da Constituição italiana (“A liberdade pessoal é inviolável”) e em outros enunciados seus, a uma mera declaração retórica, é preciso compreender que ela não autoriza nenhuma compressão no direito de liberdade, salvo na medida estritamente necessária para o alcance da legítima finalidade que a justifica. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 693). Sobre a existência de princípios herméticos à ponderação, vide item 1.3.2., nota de rodapé n. 45.

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 14. De acordo com a tradutora dessa obra, o qualificativo “*mite*”, em italiano, predica o que é manso, tranquilo, dócil, agradável, e várias outras possibilidades de tradução se colocavam, como sossegado, sereno, compreensivo. Escolheu-se, sem embargo, o termo “*dúctil*” para traduzir o original italiano “*mitezza*”, o qual, em castelhano, indica, em sentido figurado, que algo ou alguém é dócil, acomodado, condescendente, e, na visão da tradutora, melhor se ajustava ao significado que o autor procurou transmitir com o termo “*mite*” (Idem, *op. cit.*, nota n. 11, p. 19). cremos que o melhor significado de “*dúctil*”, extraído do Dicionário Priberam da língua portuguesa, é “contemporizador”. www.priberam.pt.

não pela “simples amputação de potencialidades constitucionais, senão, principalmente, [por] prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto, e não a um declínio conjunto”.⁹⁰

Nem mesmo o direito à vida é absoluto: a Constituição Federal prevê a pena de morte no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, e o Código Penal estabelece, no art. 128, I e II, duas causas de exclusão da ilicitude na hipótese de aborto: i) o aborto necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, e ii) o aborto sentimental, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal admitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e declarou a inconstitucionalidade de interpretação que subsuma essa conduta nos arts. 124 e 126 do Código Penal.⁹¹

A declaração de inviolabilidade expressa, em verdade, a pressuposição constitucional de uma carga argumentativa a favor desses direitos. Significa o estabelecimento de uma preferência *prima facie* a seu favor.

Dada a estrutura de princípio do direito à liberdade, não se outorga permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer. Garante-se, isto sim, um grau máximo de liberdade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, vale dizer, desde que não haja razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição à liberdade geral de ação.⁹²

Essa liberdade geral de atuar constitui, no dizer de José Afonso da Silva, a liberdade-matriz, a liberdade-base das demais liberdades individuais, e decorre do art. 5º, II, da Constituição Federal (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), o qual correlaciona liberdade e legalidade: a liberdade somente pode somente pode ser restringida por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção) formal e substancialmente constitucionais.⁹³

⁹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 16.

⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 30/4/13. Acórdão disponível em <www.stf.jus.br>.

⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 350 e 357-358.

⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 237-238. No mesmo sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink afirmam que o art. 2º, §1º, da Constituição alemã, como liberdade de atuação geral, protege não um âmbito da vida determinado e

Liberdade jurídica, segundo Robert Alexy, existe quando se é permitido tanto fazer algo quanto deixar de fazê-lo, o que ocorre quando algo não é nem obrigatório, nem proibido. Assim, há liberdade jurídica de professar uma crença ou de expressar uma opinião quando há permissão jurídica para fazê-lo e também para não o fazer.⁹⁴

Note-se, por fim, que o direito geral de liberdade não se resume a tutelar ações, haja vista que também protege, indiretamente, situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. Compreende não apenas o seu fazer, mas também o seu ser fático e jurídico, ampliação que o torna “um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções”.⁹⁵

2.2. Suporte fático. Âmbito de proteção. Intervenção

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático apresenta duas dimensões: a abstrata e a concreta. Suporte fático abstrato é o conjunto de elementos fáticos – isto é, os fatos ou atos do mundo – previstos em abstrato pela norma jurídica, cuja realização ou ocorrência importa determinada consequência. Suporte fático concreto é a ocorrência concreta, no mundo real, daqueles fatos ou atos previstos pela norma jurídica.⁹⁶

Para Robert Alexy, a forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é: a

delimitado, mas toda atuação humana, e constitui o direito fundamental de o indivíduo apenas ser onerado com uma desvantagem estabelecida por normas formal e materialmente conformes à Constituição. Tem caráter subsidiário e só ganha importância se não for aplicável um âmbito de proteção de um direito fundamental especial. (BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 175-176). Reproduzem, assim, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que, diante do suporte fático amplo do direito geral de liberdade, adotou uma amplitude equivalente no conceito de restrição: toda e qualquer norma jurídica compatível formal e materialmente com a Constituição. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 344).

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 225-227 e 351. Qualifica-se uma ação ou abstenção como permitidas quando há norma permissiva expressa ou inexistente norma mandatória ou proibitória dessas condutas (*Op. cit.*, pp. 230-231).

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 343-344. Este autor cita a interferência na situação de livre comunicação, por meio de gravações secretas, e a eliminação da posição jurídica de um membro de um conselho de empregados como exemplos de intervenção, respectivamente, em situação e posição jurídicas que afetam a liberdade de ação. Paulo Gustavo Gonet Branco exemplifica o direito a não eliminação de posições jurídicas com a proibição de o Estado extinguir o direito de propriedade de quem adquiriu o bem segundo as normas então vigentes (posição jurídica concreta) ou de vedar a possibilidade de sua transmissão (posição jurídica abstrata). (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 158-159). Todavia, como o próprio autor admite, o direito a não eliminação de posições jurídicas tem, entre nós, frequentemente, a estatura de direito fundamental específico (direito adquirido, ato jurídico perfeito, segurança jurídica). (*Idem, op. cit.*, p. 158, nota de rodapé 82).

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 65-68.

tem, em face de b, um direito a G. O primeiro elemento do enunciado é o titular do direito (a), o segundo elemento é o destinatário do direito (b) e o terceiro elemento é o objeto do direito (G). Desse esquema surgem diferentes consequências jurídicas, a depender de quem figure como a ou b (particular ou o Estado) e da natureza do objeto G (uma ação positiva ou uma abstenção).⁹⁷

O direito à vida, por exemplo, estabelece que: i) a tem, em face do Estado um direito a que este não o mate; ii) a tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros. No primeiro caso, o direito tem como objeto uma ação negativa (abstenção) do destinatário; no segundo, uma ação positiva (um fazer).⁹⁸

Os direitos a ações positivas correspondem aos direitos a prestações estatais, que ganham relevo no âmbito dos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, moradia etc., e os direitos a ações negativas correspondem aos chamados direitos de defesa, assim entendidos como aqueles destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções do Estado.

Esses direitos de defesa do cidadão contra o Estado são, portanto, direitos a abstenções do Poder Público, direitos à não-realização de intervenções em determinados bens protegidos – como, v.g., o direito a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito (a prisão impede o direito de locomoção).⁹⁹

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais têm como função proteger algo contra intervenções indevidas, o que “exige, de pronto, a definição do que é esse algo, qual a sua extensão e quais são os tipos possíveis de intervenção”.¹⁰⁰

Se, no direito penal, aduz Virgílio Afonso da Silva, a definição do suporte fático é relativamente simples (matar alguém: pena – reclusão de seis a vinte anos), as dificuldades se apresentam na determinação do suporte fático do direito à igualdade ou à liberdade de expressão. “Quatro perguntas são, aqui, necessárias: (1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência jurídica possa também ocorrer?”.¹⁰¹

O suporte fático, assevera Virgílio Afonso da Silva, não se define apenas pela

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 193-194.

⁹⁸ *Idem*, op. cit. p. 195.

⁹⁹ *Idem*, op. cit. pp. 193-203, 303 e 433-434.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70.

¹⁰¹ *Idem*, op. cit. p. 71.

resposta à primeira questão. Aquilo que é protegido (a liberdade de locomoção, de expressão, a igualdade etc.) constitui o âmbito de proteção do direito fundamental, ou, mais precisamente, o âmbito dos bens protegidos (ações, estados, situações jurídicas) por determinado direito fundamental. Trata-se de uma parte relevante do suporte fático, mas que não o representa totalmente.¹⁰²

Âmbito de proteção, portanto, “é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial, ou, se se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental”.¹⁰³ Dito de outro modo, é o “domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção”.¹⁰⁴

A configuração do suporte fático, contudo, exige um segundo elemento: a intervenção estatal. Como aduz Virgílio Afonso da Silva,

Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito.

Virgílio Afonso da Silva exemplifica a composição dual do suporte fático com a liberdade religiosa: orar antes de dormir é uma ação que se encontra no âmbito de proteção do art. 5º, VI, da Constituição Federal. Se não houver intervenção estatal no exercício desse direito, a consequência jurídica de um direito de liberdade não ocorre (exigência de sua cessação), porque o suporte fático dessa liberdade não foi preenchido.¹⁰⁵

Assentadas essas premissas, já se observam dois elementos na composição do suporte fático: o âmbito de proteção (“o bem protegido”) e a intervenção.¹⁰⁶

Ocorre que a consequência jurídica de uma norma somente é produzida quando todas as suas condições são satisfeitas. Logo, se o conceito de suporte fático do direito fundamental deve abarcar a totalidade dessas condições,¹⁰⁷ o suporte fático, como observa Virgílio Afonso da Silva, não se resume à mera soma do âmbito de proteção e da

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 71-73.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

¹⁰⁴ BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 70-71.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 304-305.

¹⁰⁷ *Idem*, op. cit. p. 307.

intervenção estatal. Com efeito, apenas na hipótese de uma intervenção estatal desprovida de fundamentação constitucional será deflagrada a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental (como direito de defesa, ressalte-se), qual seja, a exigência de cessação daquela intervenção (dever de abstenção estatal).¹⁰⁸

Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, não se tipificará uma violação, mas sim uma restrição constitucional ao direito fundamental, “o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*)”. O correto, portanto, é conceituar o suporte fático como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, acrescida de ausência de fundamentação constitucional.¹⁰⁹

Uma vez estabelecido o conceito de suporte fático, com a análise de seus elementos constitutivos, é mister determinar agora a sua extensão ou amplitude, de acordo com as teorias restrita e ampla do suporte fático.

Essa discussão, ressalte-se, não é meramente acadêmica, haja vista suas graves repercussões na forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção, sopesamento); nas exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais e na própria possibilidade de se impor uma restrição.¹¹⁰

As teorias do suporte fático restrito partem do pressuposto de que determinados estados, ações ou posições jurídicas que poderiam se subsumir no âmbito de proteção das normas de direito fundamental, em verdade, estão dele *a priori* excluídos, em definitivo e em abstrato. Busca-se a essência de determinado direito fundamental,¹¹¹ cuja extensão do conteúdo é determinada a partir do próprio âmbito da norma.¹¹²

José Carlos Vieira de Andrade aduz que “os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe”, e que, além daqueles expressamente enunciados (v.g., direito de se reunir pacificamente e sem armas), há limites imanentes que se encontram implícitos na Constituição.

Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

¹⁰⁹ *Idem*, op. cit., pp. 74-75.

¹¹⁰ *Idem*, op. cit., pp. 68 e 79.

¹¹¹ *Idem*, op. cit., pp. 79-82.

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 309-316.

o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para espancá-los violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa ou para que Portugal faça pressão para o reconhecimento do estatuto do preso político aos membros do IRA?¹¹³

Ao ver do professor de Coimbra, nessas hipóteses não existe conflito entre direitos fundamentais, uma vez que “é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações”.¹¹⁴

Robert Alexy, por sua vez, invoca – e critica, como adiante exposto – os exemplos com que Friedrich Müller ilustrou sua teoria restrita do suporte fático: pintar no meio de um cruzamento viário movimentado não é uma ação protegida pela liberdade de expressão artística, assim como não o é a conduta do músico que, à noite, na rua ou em um apartamento de paredes finas, improvisa suas composições para trombone.¹¹⁵

Adotado o suporte fático restrito, não há que se falar em restrições externas, nem em conflito com outros princípios e, muito menos, em sopesamento entre princípios colidentes. O próprio preceito constitucional já não protege, de partida, determinadas formas de exercício do direito fundamental, excluindo-as de sua esfera normativa.

O principal problema das teorias do suporte fático restrito é determinar, de modo objetivo e racional, os critérios pelos quais determinadas condutas que, *prima facie*, poderiam ser consideradas como garantidas por um direito fundamental, serão excluídas do seu âmbito de proteção, em abstrato e em definitivo. “Em geral, as defesas de um suporte fático restrito baseiam-se pura e simplesmente em uma intuição, apoiada em exemplos em geral estapafúrdios (...)”.¹¹⁶

Robert Alexy afirma que as teorias do suporte fático restrito, a pretexto de aplicarem critérios supostamente independentes do sopesamento para a exclusão de determinadas condutas do suporte fático de um direito fundamental, realizam, de fato,

¹¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 213-217.

¹¹⁴ *Idem*, op. cit., p. 217.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 309-316. Como aponta Virgílio Afonso da Silva, ao tratar desses mesmos exemplos, “não há, nesses casos também, colisão alguma entre direitos fundamentais, mas apenas a não-proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 82).

¹¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 97-99.

verdadeiro sopesamento entre princípios, o que reforça a sua debilidade. Especificamente quanto ao exemplo do pintor no cruzamento viário, Alexy aduz que a exclusão do âmbito de proteção da liberdade artística decorre do sopesamento com direitos de terceiros e interesses coletivos como a segurança e a fluidez do tráfego viário, o que ficava oculto no raciocínio empregado por Friedrich Müller, quando a racionalidade da argumentação jurídica exige que essas razões sejam explicitadas.¹¹⁷

Mais: Alexy anota que essas teorias acabam por excluir condutas que, nos termos do texto constitucional, são típicas, ou seja, estão abrangidas pelo suporte fático: pintar em locais perigosos ou que atrapalhem terceiros continua a ser uma ação artística, assim como tocar o trombone à noite. Desta feita, embora a liberdade de expressão artística seja garantida sem reservas pela Constituição, é possível estabelecer uma cláusula restritiva de seguinte teor: “se uma ação é uma expressão artística, então sua realização é permitida, a não ser que sua proibição seja uma exigência de princípios de hierarquia constitucional que, diante das circunstâncias do caso, tenham precedência em relação ao princípio da liberdade artística”.¹¹⁸

Imperiosa, portanto, a adoção de uma teoria do suporte fático amplo, cuja solução, no dizer de Robert Alexy, é consistente e simples:

Se uma razão milita em favor da proteção de um direito fundamental, então, deve-se aceitar sua tipicidade, não importa o quão fortes sejam as contrarrazões”. Trata-se de “uma teoria que inclui no âmbito de proteção do direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.”¹¹⁹

Nesse contexto, “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente de outras variáveis”.¹²⁰

Verifica-se, pois, que a teoria do suporte fático amplo expande não a proteção

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 315-316 e 321-322.

¹¹⁸ *Idem*, op. cit., pp. 313-316 e 324.

¹¹⁹ *Idem*, op. cit., pp. 321-322.

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 109-110. Essa é a razão por que, de acordo com o autor, a pergunta “sobre o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental” pode ser substituída pela pergunta: “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”. Observa ainda que “a definição é propositadamente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção”.

definitiva, mas sim a proteção *prima facie* de direitos fundamentais,¹²¹ que poderá ser objeto de restrições posteriores, a revelar o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais.¹²²

Como o menor traço característico é suficiente para incluir um comportamento no âmbito de proteção de um direito fundamental,¹²³ a adoção do suporte fático amplo implica maior número de colisões entre princípios e, portanto, leva à extensão do conceito de intervenção para a superação dessas colisões.¹²⁴

Tem-se, desta forma, uma distinção primordial entre as teorias que procuram identificar o que é protegido pelos direitos fundamentais: enquanto a teoria do suporte fático restrito busca já definir o que é definitivamente protegido, a teoria do suporte fático amplo distingue, num primeiro momento, o que é protegido *prima facie*, e, num segundo momento, aquilo que é protegido definitivamente, o que dependerá de um sopesamento entre princípios colidentes e da fundamentação constitucional da intervenção. O foco da argumentação, portanto, é distinto: a teoria do suporte fático restrito tem como tarefa fundamentar o que deve ou não ser incluído no âmbito de proteção do direito fundamental e definir a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito, ao passo que a teoria do suporte fático amplo concentra a argumentação no momento da fundamentação constitucional da intervenção.¹²⁵

Adotada, pois, a teoria do suporte fático amplo, conclui-se que, em se tratando da liberdade de pessoa física, qualquer ação, estado ou posição jurídica dotada de característica que, isoladamente considerada, faça parte do seu “âmbito temático”, encontra-se abrangida por seu âmbito de proteção.

Outrossim, quando uma ação, um estado ou uma posição jurídica, protegida, *prima facie*, pelo apontado direito fundamental, sofre uma intervenção estatal fundamentada, está-se diante de uma restrição a esse direito, e não de uma violação. O exame da

¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 326.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 110-111.

¹²³ Assim, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, toda e qualquer manifestação do pensamento, ofensiva ou não, se insere no âmbito de proteção do art. 5º, IV, CF. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110). Para Robert Alexy, embora, por óbvio, não haja um direito definitivo ao furto, ao homicídio, existe um direito *prima facie* a fazer ou a deixar de fazer o que se deseja, o qual é restringido em face de princípios colidentes (direito à vida, à propriedade). (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 328-329).

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 323. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 111-113.

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 94 e 109.

fundamentação da intervenção, desta forma, tem lugar central para distinguir uma restrição de uma violação.¹²⁶

2.3. Restrições

Os direitos fundamentais com estrutura de princípio, dado o seu caráter não-absoluto, são restringíveis.

Wilson Steinmetz assevera que, se os direitos fossem absolutos ou ilimitados, não seria possível harmonizá-los, alcançando uma concordância prática,¹²⁷ entre eles: o exercício ilimitado de um direito fundamental por um titular inviabilizaria o exercício de outro direito fundamental de titularidade diversa. “Por isso, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é condição para a própria efetividade e concordância prática desses direitos (só aparentemente isso é um paradoxo). Daí por que direitos fundamentais são restringíveis”.¹²⁸

Para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, verifica-se uma ingerência, limite, limitação, restrição, afetação, redução ou delimitação – conceitos por eles tidos como sinônimos -, por parte do Estado, “sempre que o particular é por este impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental”.¹²⁹

Nessa seara, duas teorias se antagonizam: a externa e a interna.¹³⁰

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 94 e 110. Maurício Zanoide de Moraes, didaticamente, anota que “intervenção” é gênero, de que são espécies: i) intervenção legítima ou permitida, denominada “restrição”; e ii) intervenção ilegítima ou não permitida, denominada “violação”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284).

¹²⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, a concordância prática, tal como a proporcionalidade, exige que, na colisão de direitos fundamentais, busque-se acomodá-los de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima, vale dizer, a menor perda de eficácia possível. Ocorre que, enquanto a concordância prática não tem uma estrutura previamente definida para alcançar aquele fim, a regra da proporcionalidade (com suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) constitui uma forma racional e estruturada de solução de colisões dessa natureza. E, diferentemente da proporcionalidade, a concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 126-127).

¹²⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

¹²⁹ BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 276-285. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 126-140. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 66-70.

Para a teoria externa, existe o direito em si, não restringido (= direito *prima facie*), e o que dele resta após uma restrição, o direito restringido (= direito definitivo).

Uma vez que o suporte fático dos direitos fundamentais deve ser o mais amplo possível, que não existem direitos absolutos e que, em razão de sua tendência expansiva, são inevitáveis as colisões de direitos fundamentais, a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. O direito definitivo, portanto, é constituído a partir de uma exigência, externa a ele, de harmonização com outros direitos. Ele não é definido internamente e *a priori*, mas sim no caso concreto, mediante sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade.¹³¹

Para a teoria interna, não existem dois objetos (o direito e suas restrições), mas sim um único objeto: o direito com o seu conteúdo já pré-determinado. Essa teoria substitui o conceito de restrição pelo de limites imanescentes: o direito e seus limites são um todo indivisível, em que os limites são imanescentes ao próprio direito. Em outras palavras, a definição do conteúdo de um direito fundamental é algo interno a ele, não influenciado por fatores externos como a colisão com outros direitos.¹³²

Peter Häberle, adepto da teoria interna, trata os limites imanescentes como fronteiras e afirma que o legislador, de acordo com a essência do direito fundamental, regula esses limites, que existem “desde o início”. Häberle, portanto, afasta a teoria que parte, *ab initio*, de uma liberdade absoluta, ilimitada, a seguir corrigida por restrições que atendam a exigências ou necessidades externas: os direitos fundamentais são garantidos somente dentro dos limites a eles imanescentes.¹³³

Como os limites de um determinado direito fundamental são definidos pela própria norma que o instituiu, não há que se falar, de acordo com a teoria interna, em direitos *prima facie*, mas apenas em direitos definitivos, que não se sujeitam a restrição posterior diante das circunstâncias do caso concreto.

Aliás, pela teoria interna, de acordo com Martin Borowski, sequer se poderia falar em restrição, entendida como uma diminuição ou redução do direito. “Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 128-138.

¹³³ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 56-57.

torna desnecessária e impossível”.¹³⁴ Por essa razão, “os direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”, ou seja, seguem o raciocínio “tudo-ou-nada”, e não podem ser objeto de sopesamento.¹³⁵

Em suma, a diferença entre limites imanentes (teoria interna) e restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisões (teoria externa) se traduz no binômio declarar/constituir: “enquanto nos casos de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é apenas declarar limites previamente existentes”.¹³⁶

Ocorre que, como observa Virgílio Afonso da Silva, o grande problema da teoria dos limites imanentes é “a definição do que é protegido (= dentro dos limites imanentes) e do que não é protegido”.¹³⁷

A assertiva de que os âmbitos de proteção dos diversos direitos fundamentais devem ser “simplesmente determinados de maneira correta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir do seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática”¹³⁸ em nada contribui para superação da apontada dificuldade de identificação do objeto da proteção do direito fundamental, diante da impossibilidade de subministrar critérios minimamente orientadores para delimitar, em abstrato, o que de essencial tem um direito fundamental.¹³⁹

Os princípios, como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (= representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas). Objeto da restrição, portanto, não são posições definitivas, mas sim posições *prima facie*.

¹³⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 68-69.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 129.

¹³⁶ *Idem, op. cit.* pp. 132-133. Exemplificando essa diferença, aduz o autor que, para a teoria dos limites imanentes, “(...) as vedações a sacrifícios humanos ou a andar nu na rua não decorrem de uma restrição às liberdades de religião e de ir e vir, visto que tais liberdades, devido a seus limites imanentes, nem ao menos protegem tais atos. Assim, quando se fala em proibição, não se quer falar em proibição por alguma restrição àquelas liberdades, mas em proibição por mera não-proteção”.

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 133.

¹³⁸ BODO, Piero; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126. No mesmo sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 216-219.

¹³⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 234.

Somente nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.¹⁴⁰

O conceito de limites imanentes é incompatível com o conceito de princípios como mandamentos de otimização e, portanto, com a aplicação da regra da proporcionalidade. Ao assegurar posições *prima facie*, que podem ser restringidas em determinadas circunstâncias, os princípios exigem a tarefa de sopesamento. Por outro lado, pela teoria dos limites imanentes, “se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais”.¹⁴¹

Desta feita, adotada a teoria dos princípios de Alexy, não há que se falar em limites imanentes (teoria interna), mas sim na possibilidade de restrições a direitos *prima facie* garantidos (teoria externa),¹⁴² como corolário do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, o qual implica maior número de colisões. Essas restrições, que apenas restringem o exercício de um direito, sem influenciar no seu conteúdo, têm a natureza de regras ou de princípios.¹⁴³

Segundo Alexy, uma regra constitui uma restrição se, “com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie* surge uma não-liberdade definitiva ou um não direito-definitivo de igual conteúdo”.¹⁴⁴

As regras de natureza constitucional ou infraconstitucional, ao proibirem uma conduta permitida *prima facie* por algum direito fundamental ou autorizarem uma ação estatal cujo efeito é a restrição de uma proteção *prima facie* garantida, constituem o

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.140. O autor observa que a expressão “caso concreto” tem dois significados distintos: i) decisão de um caso específico pelo Judiciário e ii) decisão do legislador acerca de uma colisão de direitos fundamentais. “Uma tal decisão legislativa, se, por um lado, é mais abstrata que uma decisão judicial, não deixa de ter também sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas sua importância relativa, em uma situação hipotética. (...)”. A seu ver, o ‘concreto’, aqui, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e ‘resolvida’ pelo legislador em um certo sentido, a favor de um direito fundamental e em detrimento de outro, o que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições (cf. nota de rodapé n. 64).

¹⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 164-165 e 180-181.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 276-280. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 138-140.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 281-286.

¹⁴⁴ *Idem, op.cit*, pp. 283. O autor exemplifica com o dever de o motociclista usar capacete: enquanto ele não existe, o titular tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* de usá-lo ou não. Instituído legalmente o dever, o titular passa a estar numa posição de não-liberdade definitiva em face do Estado.

resultado de um sopesamento, entre dois ou mais princípios, realizado pelo legislador.¹⁴⁵

Assim, em razão do princípio da liberdade, o imputado¹⁴⁶ tem, *prima facie*, uma liberdade ampla de locomoção.

¹⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 141-142.

¹⁴⁶ Há uma relevante questão terminológica a esclarecer. Na fase da investigação preliminar, há suspeito, investigado ou indiciado, de acordo com o menor ou maior grau de possibilidade (suspeito, investigado) ou de probabilidade (indiciado) de autoria. Acusado, por sua vez, é o sujeito passivo da ação penal, a pessoa contra quem se deduz a pretensão acusatória (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 200. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 341-342 e p. 732). Desta feita, somente é possível falar-se em acusado com o oferecimento da denúncia ou queixa, quando se formaliza uma imputação contra o denunciado ou querelado (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 185). Nesse sentido, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa, já há acusado ou réu. O Código de Processo Penal italiano, ao disciplinar a fase de investigação preliminar, se refere ao investigado, nos arts. 61 e 415-bis, como “*persona sottoposta alle indagini preliminari*” (“pessoa submetida à investigação preliminar”) ou “*indagato*” (“inquirido”), substantivo de uso corrente na praxe judiciária italiana, mas “pouco elegante”, nas palavras de Paolo Tonini. (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 130). Vide, ainda, Mario Chiavario (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 180-182). Por sua vez, imputado (“*imputato*”) é a pessoa a quem o Ministério Público, no exercício da ação penal, atribui (= imputa) o delito, nos termos dos arts. 60 e 405 do Código de Processo Penal italiano. (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 131); VOENA, Giovanni Paolo. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 97-99). De acordo com Mario Chiavario, o termo “acusado”, embora não fosse usual “na tradição processual-penalística italiana”, veio a ser incorporado pela Constituição italiana no art. 111, inc. 3, que trata das garantias processuais da pessoa acusada (“*accusata*”) de um crime. Referido autor observa ainda que, na tradicional terminologia legislativa italiana, é central o emprego da expressão “*imputato*”, que assume essa condição após o exercício da ação penal e a correlata formulação da imputação. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 175-178). Feito o paralelo com a legislação italiana, resta verificar se existe, no processo penal brasileiro, um termo mais abrangente, que possa compreender todas as qualificações passíveis de emprego ao longo da persecução penal (suspeito, investigado, indiciado, denunciado, querelado, acusado, réu). A expressão “acusados em geral”, embora adotada pela Constituição Federal no art. 5º, LV, não parece a mais adequada, porque a qualificação “acusado” traz insita a ideia de ação penal já exercida. José Frederico Marques observa que “muita confusão existe a respeito do *nomen juris* ou designação que se deva dar a quem é sujeito de uma acusação criminal”. Cita doutrina no sentido de que, em face do sistema misto do Código de Instrução Criminal francês, a denominação de imputado caberia àquele que é sujeito passivo do procedimento instrutório, ou *judicium accusationis*, reservando-se a designação de acusado para a pessoa submetida ao juízo pleno da causa. Registra ainda, citando doutrina chilena, a expressão inculpado, que designaria o indivíduo suspeito, contra o qual surgem os primeiros indícios de autoria. Para Frederico Marques, no processo penal condenatório, é a imputação que delimita o objeto da persecução criminal. “Desde a *notitia criminis* a imputação surge e aparece, embora configurando-se imprecisa e incipiente. Na acusação, a *causa petendi* é a própria imputação. Finalmente, a sentença condenatória nada mais é que a imputação certa e provada como *prius* e fundamento das sanções jurídico-penais. Como imputar é atribuir a alguém um fato delituoso, tanto a notícia do crime como a acusação contêm uma qualificação provisória desses fatos que descreve, consistente no enquadramento desses fatos na descrição típica contida na norma penal incriminadora (...) Na imputação, há os seguintes elementos: a) descrição de fatos; b) qualificação jurídico-penal desses fatos; c) atribuição dos fatos descritos a alguém” (...) Na notícia do crime há uma imputação *possível*, que se transforma em *provável* quando da *acusação*, e que *se torna certa*, ao ser proferida a sentença condenatória” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 62-63, pp. 223-225, Vol. II). Nessa esteira, pensamos que, embora destoie do rigor do processo penal italiano, a expressão “imputado” melhor se conforma a qualificar o sujeito passivo da persecução penal, ao longo de todo o seu arco (investigação preliminar e ação penal).

As regras da prisão cautelar¹⁴⁷ constituem uma restrição a esse direito fundamental, porque no seu lugar surge uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Princípios, por sua vez, também podem restringir materialmente as possibilidades jurídicas de princípios colidentes.¹⁴⁸

Segundo Virgílio Afonso da Silva, uma restrição a um direito fundamental, normalmente, é expressa por meio de uma regra infraconstitucional, que é produto de um sopesamento realizado pelo próprio legislador, dentro de sua liberdade de conformação. Todavia, quando uma colisão entre princípios ainda não foi objeto de prévia ponderação, em abstrato, pelo legislador, caberá ao juiz, mediante sopesamento, decidir qual deles prevalecerá. Haverá, então, aplicação direta de princípios constitucionais pelo juiz ao caso concreto, e não da regra da proporcionalidade, por não existir nenhuma medida concreta a ser testada. Nesse caso, a restrição, por meio de decisão judicial, será baseada diretamente em um princípio, e não em uma regra da legislação infraconstitucional.¹⁴⁹

As colisões entre princípios, portanto, são resolvidas mediante sopesamento, que consiste na definição de uma relação de precedências condicionadas: presentes determinadas condições, racionalmente fundamentadas, um dado princípio prevalecerá

¹⁴⁷ Há uma importante questão terminológica a enfrentar: prisão cautelar ou prisão provisória? Qualquer prisão, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é provisória. Se o título que legitima a prisão é provisório, porque o processo não se encerrou, a prisão é provisória. Ao revés, se o título da prisão é definitivo, por haver transitado em julgado a condenação, a prisão é definitiva (prisão-pena). Mas não há sinonímia entre prisão provisória e prisão cautelar. A prisão cautelar é um instrumento a serviço de um instrumento (processo). Sua finalidade é resguardar os meios (cautela instrumental) ou os fins (cautela final) do processo. Tecnicamente, somente se pode falar em prisão cautelar quando ditada por razões de ordem processual, seja por necessidade da investigação ou da instrução, seja para garantir a futura aplicação da lei penal. A prisão preventiva para garantia da ordem pública não constitui cautela instrumental nem cautela final, uma vez que ditada por razões de ordem material, como meio de defesa social. Assim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é uma prisão provisória, mas não cautelar. A prisão em flagrante também é provisória, mas não tem natureza cautelar. Conclui-se que, indubitavelmente, a expressão “prisão provisória” é mais abrangente do que “prisão cautelar”. De todo modo, o Código de Processo Penal, independentemente da situação de perigo que vise resguardar, tipificou a prisão preventiva como uma medida cautelar (art. 282). Por essa razão, usaremos a expressão “prisão cautelar” para nos referirmos à prisão temporária e à prisão preventiva. Quanto à expressão “prisão processual”, valem as críticas de José Frederico Marques de que prisão processual é toda prisão decretada pelo juiz no exercício da jurisdição civil ou penal, razão por que é desprovida de maior rigor conceitual. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 40, Vol. IV).

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 284.

¹⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 142-143 e 178-179. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 284. Para Humberto Ávila, a ponderação de bens “exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação”. Já a proporcionalidade, aplicável sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, “contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.174-177).

sobre outro. Para o estabelecimento dessa relação de precedências condicionadas, há uma regra fundamental, denominada lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.¹⁵⁰

Assim, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro princípio, a permitir a conclusão de que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo, *a priori*, de forma absoluta, e que somente se pode falar em pesos relativos.¹⁵¹

O sopesamento, portanto, não é uma questão de tudo-ou-nada, e sim uma tarefa de otimização, e equivale ao chamado princípio da concordância prática entre princípios.¹⁵²

É bem verdade que a valoração dos graus de afetação de um princípio e de satisfação do outro é permeada de relativa subjetividade, mas isso não infirma a exigência de racionalidade da fundamentação do sopesamento.¹⁵³

2.4. Conteúdo essencial

A Constituição alemã estabelece que em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência (art. 19, § 2º).

A Constituição espanhola, nitidamente inspirada naquele dispositivo da Lei Fundamental Alemã, determina que as liberdades e direitos fundamentais por ela reconhecidos vinculam todos os poderes públicos, e que o seu exercício somente poderá ser regulado por lei, “que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial” (art. 53, § 1º).

A Constituição portuguesa, no art. 18, também prevê que a lei só pode restringir os “direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (§ 1º), e que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias “têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (§ 2º).

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp.164-167.

¹⁵¹ *Idem*, op. cit. pp. 167-168.

¹⁵² *Idem*, op. cit., p. 173. Relembre-se, todavia, a crítica de Virgílio Afonso da SILVA, já registrada no item 2.3 ao denominado princípio da “concordância prática”.

¹⁵³ Sobre a racionalidade do sopesamento, vide item 3.8.5.3.

Eis a razão por que as dogmáticas alemã, espanhola e portuguesa debruçaram-se sobre a ideia de núcleo ou conteúdo essencial, como um reforço da garantia dos direitos fundamentais e de sua resistência jurídica em face de eventuais ingerências dos poderes públicos.¹⁵⁴

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o uso dessa expressão é uma metáfora que o Direito tomou de empréstimo das ciências, assemelhando a estrutura dos direitos fundamentais à das células, nas quais existe um núcleo no meio do citoplasma.¹⁵⁵

Embora nossa Constituição Federal não contenha dispositivo similar, o conceito de núcleo ou conteúdo essencial é de capital importância na teoria dos direitos fundamentais.

O problema é definir em que consiste o conteúdo essencial de um dado direito fundamental, delimitar as suas fronteiras e, mais precisamente, explicitar as razões pelas quais uma conduta, situação ou posição jurídica se reputaria intra ou extramuros.

Já se apontou que uma teoria do suporte fático amplo – que distingue, num primeiro momento, o que é protegido *prima facie*, e, num segundo momento, aquilo que é protegido definitivamente – pressupõe a extensão do conceito de intervenção para a superação do inevitável aumento de colisões entre princípios. Com efeito, as normas de direito fundamental com estrutura de princípio são, por sua própria natureza, restringíveis por força de princípios colidentes, e essa restrição será permitida se, nesse confronto, ao princípio colidente for atribuído um peso relativo maior.

Por essa razão, Robert Alexy trata a garantia do conteúdo essencial como a restrição das restrições: os direitos fundamentais, enquanto tais, constituem restrições à sua própria restrição e restringibilidade.¹⁵⁶

As teorias absolutas do conteúdo essencial preconizam que esse núcleo fundamental, próprio de cada direito e determinável em abstrato, independentemente das circunstâncias do caso concreto, seria intocável. “Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o ‘coração’ do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 406-407. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 230-231. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 97.

¹⁵⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 407.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 295-296.

¹⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 233.

José Carlos Vieira de Andrade, por exemplo, identifica, na dignidade da pessoa humana, esse núcleo intocável, entendido como uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável por qualquer restrição.¹⁵⁸

Essas teorias distinguem, assim, o conteúdo essencial, o núcleo duro do direito, que contém as suas características determinantes e permanece intangível para o legislador, e uma zona de periferia, denominada, por Martin Borowski, de “coroa do direito”, que rodeia o seu núcleo,¹⁵⁹ onde se situa o conteúdo accidental ou contingente do direito, no qual o legislador pode exercer sua liberdade de conformação. Na zona nuclear, são inadmissíveis as intervenções do legislador, independentemente de estarem ou não justificadas e de serem ou não proporcionais. Na zona periférica, as intervenções são admissíveis, uma vez que não afetariam o núcleo do direito fundamental.¹⁶⁰

O problema das teorias absolutas é, a pretexto de proteger um núcleo intocável, deixar as condutas e posições jurídicas situadas na zona periférica desprotegidas, à disposição absoluta do legislador, que nelas poderia intervir, a partir de juízos de mera oportunidade e conveniência, sem justificação (= sem fundamentação constitucional), o que conduziria, inexoravelmente, a uma inadmissível desconstitucionalização do conteúdo accidental ou periférico do direito fundamental.¹⁶¹ Isso importaria, em verdade, na diminuição do âmbito de proteção do direito, já que não seria preciso fundamentar uma restrição legislativa ou jurisdicional àquilo que se encontra fora do núcleo essencial.¹⁶²

Não bastasse isso, também não é possível definir, *a priori*, o núcleo de um direito fundamental, isto é, predeterminar o seu conteúdo e limites. Além do mero intuicionismo, não há critério intersubjetivamente plausível para estabelecer quais posições jusfundamentais se situam dentro do núcleo de um direito (conteúdo essencial) e quais se situam no âmbito de sua periferia (conteúdo accidental). Dito de outro modo, aquilo que só pode ser definido mediante intuição torna-se intersubjetivamente incontrolável, o que constitui fator de insegurança jurídica e uma ameaça à competência do legislador para configurar direitos fundamentais, uma vez que o Judiciário pode ser chamado a decidir, com base em critérios intuitivos e não racionais, o que compõe o núcleo e o que se situa na

¹⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 234 e 236.

¹⁵⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 101.

¹⁶⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 410-426.

¹⁶¹ *Idem, op. cit.*, pp. 411 e 419-420.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp.79-82, pp. 123-125 e pp. 180-181.

periferia do direito fundamental.¹⁶³

Para as teorias relativas do conteúdo essencial, o legislador pode intervir em qualquer parte do conteúdo do direito fundamental, desde que a intervenção seja constitucionalmente fundamentada e proporcional.¹⁶⁴ A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, portanto, “nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos”, a demonstrar a íntima relação entre conteúdo essencial e proporcionalidade: “restrições que passem no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.¹⁶⁵

Nesse contexto, a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental, vale dizer, do que é protegido, dependerá das circunstâncias fáticas e dos direitos colidentes. Disso resulta que “o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”.¹⁶⁶

A primeira lei do sopesamento estabelece que, quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro, ao passo que segunda lei do sopesamento preconiza que, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.¹⁶⁷

Logo, para a identificação do conteúdo essencial não importa a intensidade da restrição a um direito fundamental, mas sim a fundamentação dessa intervenção. Disso resulta o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial: a essencialidade depende do caso concreto. Se houver fundamentação suficiente, uma restrição intensa, que esvazie completamente um direito fundamental, será admitida. Em não havendo, mesmo uma restrição leve poderá importar em violação do conteúdo essencial de um direito.

Como observa Luis Prieto Sanchís, a pretendida existência de um núcleo duro indisponível, não sujeito a qualquer restrição, ainda que houvesse boas razões para tanto, conduziria a uma diminuição do nível de proteção. A pressuposição desse núcleo duro permitiria que a lei, respeitado o conteúdo essencial, operasse livremente na esfera do direito tida como não essencial, de modo que toda lei limitadora do conteúdo adjetivo ou

¹⁶³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 414-416.

¹⁶⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 409 e 426.

¹⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

¹⁶⁶ *Idem*, op. cit., p. 196.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 166-168 e 617-619.

periférico seria tida como legítima, ainda que arbitrária ou não justificada.¹⁶⁸

Prieto Sanchís, criticando a possibilidade de eliminação ou sacrifício completo do direito, propõe uma teoria por ele intitulada de “dupla barreira protetora”: toda limitação de um direito fundamental deve estar justificada e respeitar seu conteúdo essencial. Dito de outra forma, ainda que uma disposição limitadora conte a seu favor com boas razões, resultará ilegítima se prejudicar o conteúdo essencial mínimo de um direito.¹⁶⁹

Essa teoria, denominada mista ou eclética, incide em dois grandes problemas: i) não supera a dificuldade, apontada pelo próprio autor, de identificação do conteúdo essencial de um direito fundamental e, mais importante, ii) traduz, parafraseando Virgílio Afonso da Silva, um sincretismo metodológico,¹⁷⁰ na medida em que procura conciliar teorias incompatíveis entre si.

Como anota Carlos Bernal Pulido, a teoria mista padece de uma contradição insanável. Busca conciliar o conceito de um conteúdo essencial intangível, que não tolera nenhuma restrição (teoria absoluta), com a regra da proporcionalidade, que justifica restrições apenas na zona periférica do direito. Preconiza, portanto, um conteúdo essencial, que assegura, *a priori*, com posições absolutas e definitivas, e um conteúdo periférico, com posições garantidas apenas *prima facie*, cuja validade definitiva depende da ponderação com direitos colidentes. A garantia do conteúdo essencial e a regra da proporcionalidade constituiriam, assim, dois “limites dos limites” dos direitos fundamentais, que operariam de modo independente: a aplicação da proporcionalidade seria válida na zona periférica do direito, mas não legitimaria uma restrição que atingisse o núcleo essencial. Todavia, o conceito de que o direito fundamental tem um núcleo que não pode ser restringido é absolutamente incompatível com a ideia de sopesamento entre princípios e com a aplicação da regra da proporcionalidade. Enquanto a teoria do conteúdo essencial absoluto observa cada direito, abstrata e isoladamente, para definir seu núcleo intocável, insuscetível de qualquer restrição, a teoria relativa do conteúdo essencial analisa o direito em suas relações concretas com os demais direitos, admitindo restrições que sejam proporcionais às exigências que derivam dos direitos colidentes.¹⁷¹

Bernal Pulido conclui que a única maneira de integrar conteúdo essencial e

¹⁶⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 232-233.

¹⁶⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 233.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

¹⁷¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 426-439.

proporcionalidade numa mesma estrutura teórica é assentar que o conteúdo essencial nada mais é do que o resultado da aplicação da regra da proporcionalidade.¹⁷²

Assim, afastada a ideia de um núcleo duro, no qual não seria possível intervir em hipótese alguma, conclui-se que conteúdo essencial de um direito fundamental é o que resta após sopesamento; restrições que respeitem a regra da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial, ainda que, no caso concreto, nada reste de um determinado direito.¹⁷³

Virgílio Afonso da Silva, após asseverar que o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial, sintetiza seu raciocínio no seguinte silogismo:¹⁷⁴

- . restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
- . restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- . restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.

2.5. Formas da liberdade

Liberdade pessoal, em sentido amplo, é a liberdade do homem, qualquer que seja: de ir, ficar e vir; de pensar ou crer; de exprimir o pensamento e de se reunir, ou mesmo de não o fazer.¹⁷⁵

José Afonso da Silva divide em cinco grandes grupos as formas da liberdade:¹⁷⁶

- 1) Liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- 2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);

¹⁷² PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 432.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 297-298. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 198-199. Este autor cita exemplos, decorrentes da aplicação da proporcionalidade, de aniquilação ou esvaziamento total de um direito fundamental: sigilo telefônico devassado com a interceptação de diálogos, condenação a pena privativa de liberdade, a desapropriação de um terreno particular.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 206-207. No mesmo sentido, a lição de Carlos Bernal Pulido: “o que é desproporcional vulnera o conteúdo essencial”. (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 601).

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 289, tomo V.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 236-237.

- 3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- 4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- 5) Liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).

2.6. A liberdade da pessoa física. Liberdades de locomoção e circulação

Do apontado rol das formas da liberdade, interessa-nos a liberdade da pessoa física e, mais precisamente, a liberdade de locomoção, prevista no art. 5º, XV, da Constituição Federal (“é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”).¹⁷⁷

Trata-se da liberdade de deslocação física, que abrange, do ponto de vista positivo, o direito de se dirigir a qualquer lugar e, do ponto de vista negativo, o direito de evitar qualquer lugar, incluindo-se o de não ser obrigado a permanecer onde não se deseja.¹⁷⁸

Compreende, desta feita, o direito de ir, ficar (= permanecer) e vir, o *jus manendi, ambulandi eundi ultro citroque*.¹⁷⁹

Em nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto¹⁸⁰ para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente

¹⁷⁷ Para José Afonso da Silva, a liberdade de circulação “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público” e nada mais é do que manifestação especial da liberdade de locomoção. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 238-242). Essa denominação, contudo, não é pacífica. Pontes de Miranda, v.g., se referia unicamente à liberdade de circulação, ao analisar dispositivo similar do regime constitucional anterior (art. 153, § 26: em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair com seus bens, respeitados os preceitos da lei). (PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 282, tomo V).

¹⁷⁸ BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 197-198.

¹⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327. Para esse autor, trata-se de um direito impropriamente chamado de “liberdade de locomoção”, por também compreender o direito de permanecer. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 288, tomo V).

¹⁸⁰ Pontes de Miranda, diversamente, entende que, “se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades humanas estão sacrificadas, desde os fundamentos”. Para ele, as liberdades se originam da liberdade de pensamento (= liberdade da psique): “se não se pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e vir, de fazer e não fazer?” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Democracia, liberdade, igualdade* (os três caminhos). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, pp.329-

asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção.

No campo processual penal, sobrelevam-se, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias:

- a) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV);
- b) “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inc. LVII);
- c) “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inc. LXI);
- d) “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (inc. LXV);
- e) “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inc. LXVI).

Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, conclui-se que esta constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória.¹⁸¹

Se não houver flagrante delito, somente se admitirá a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança,¹⁸² ninguém será levado à prisão ou nela mantido, mesmo que tenha sido preso em flagrante.

Ainda para tutela da liberdade de locomoção, a Constituição prevê, no art. 5º, LXVII, o *habeas corpus*, remédio¹⁸³ destinado a sanar qualquer ilegalidade ou abuso de

330).

¹⁸¹ Mesmo a prisão-pena (sanção imposta pelo Estado, por sentença penal transitada em julgado, pela violação a um bem jurídico penalmente tutelado) é, em certo sentido, provisória, haja vista que a Constituição Federal veda a imposição de pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”). Sobre o conceito de prisão-pena, vide José Frederico Marques. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 38-41, Vol. IV).

¹⁸² Sobre mutação constitucional e a nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, vide item 4.1.

¹⁸³ Remédios constitucionais, de acordo com José Afonso da Silva, são os meios postos à disposição dos indivíduos para provocar a intervenção das autoridades competentes a fim de sanar, corrigir, ilegalidade ou abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Recebem essa denominação em razão de seu caráter específico e de sua função saneadora. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 445).

poder que a anule ou cerceie, que a atinja ou ameace.¹⁸⁴

Trata-se de uma ação de conhecimento, de caráter mandamental, destinada a remediar e prevenir, em caráter de urgência, toda e qualquer restrição ilegal ou abusiva da liberdade de ir, vir e ficar.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Como o *habeas corpus* não pode ter efeito negativo, não se admite que sua concessão prejudique a situação jurídica do paciente. Digno de nota, a esse respeito, recente precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 121.907/AM, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 28/10/14. Transcrevemos, por sua relevância e na parte que interessa, o voto condutor do acórdão: “Dada a sua condição de garantia fundamental (art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal) e sua relevantíssima função - tutela da liberdade de locomoção -, o recurso a essa ação constitucional jamais poderá reverter em prejuízo daquele a quem busca, exatamente, favorecer. A presente impetração foi manejada para reparar flagrante ilegalidade no processo em que o paciente foi condenado. Nesse diapasão, a concessão do ‘*writ*’, para o fim de anular essa condenação, não pode agravar sua situação jurídica. É mister conjugar a garantia constitucional do ‘*habeas corpus*’ com outro princípio do processo penal: a vedação da ‘*reformatio in pejus*’. O Código de Processo Penal, ao disciplinar, no art. 626, a revisão criminal, prevê que o tribunal, julgando-a procedente, poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, vedando-se, em qualquer hipótese, que seja agravada a pena imposta pela decisão revista. Essa mesma vedação se aplica quando somente o réu houver apelado da sentença condenatória (art. 617, CPP). Mario Chiavario, ao tratar do ‘*divieto di riforma in peggio*’ (proibição de reforma em prejuízo), previsto no art. 597, inciso 3, do Código de Processo Penal Italiano que veda, quando somente o réu houver apelado, a aplicação de pena mais grave, qualitativa ou quantitativamente, bem como a revogação de benefícios -, aduz, em lição pertinente à espécie, que, embora previsto no título da apelação, a jurisprudência italiana considera essa regra a explicitação de um princípio geral, imanente a todo o sistema (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 641). Ora, esse princípio, aplicável à apelação e à revisão criminal, também rege o ‘*habeas corpus*’. A consequência mais óbvia de sua aplicação ao caso concreto é a proibição de ser agravada, em novo julgamento e na eventual hipótese de condenação, a pena anteriormente imposta. Ocorre que há, em acréscimo, uma singular e relevante característica: o paciente foi indultado. Anulada, neste ‘*habeas corpus*’, sua condenação, não mais subsistiria, em princípio, o indulto que lhe foi concedido, de modo que, na hipótese de vir a ser novamente condenado, poderia o paciente ser compelido a cumprir o restante da pena. Ora, isso resultaria em grave aporia: estar-se-ia a conferir efeito negativo a uma impetração destinada, justamente, a proteger a liberdade de locomoção. ‘*Quid juris*’? Uma vez que a pena imposta na condenação ora anulada não poderá ser agravada, devem-se, necessariamente, prostrar os efeitos jurídicos do indulto, como expressão do favor rei ou do favor libertatis. Ainda que o paciente venha a ser novamente condenado, essa eventual condenação, por força da proibição da *reformatio in pejus*, também será alcançada pelo indulto já concedido. Em suma, a concessão deste ‘*writ*’ assegurará ao paciente um novo julgamento: se absolvido, melhorará sua situação jurídica; se condenado, sua condição de indultado permanecerá inalterada”. Acórdão disponível em www.stf.jus.br.

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Recursos no Processo Penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 267 e pp. 272-273. Como observa Gilmar Ferreira Mendes, a liberdade de locomoção, para efeito dessa tutela constitucional, deve ser entendida de forma ampla, “afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir”, tais como instauração de inquérito policial, ato de indiciamento, recebimento de denúncia etc. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp 426-427). Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró aponta a distinção entre o *habeas corpus* liberatório, em que já há lesão à liberdade de locomoção (v.g., paciente preso), e o *habeas corpus* preventivo, em que o paciente está ameaçado de sofrer restrição ilegal em sua liberdade de locomoção (v.g., mandado de prisão pendente de cumprimento). Aduz que, como o art. 5º, LXVIII, CF, se refere apenas a “achar ameaçado de sofrer violência ou coação”, não mais se exige a “iminência” da coação, de que trata o art. 647, CPP. “Assim, é cabível o *habeas corpus* preventivo mesmo no caso em que a ameaça de prisão constitua um evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto”, inclusive para a arguição de nulidade na fase inicial do processo, quando uma condenação futura a pena privativa de liberdade é ainda incerta. Como argutamente observa Badaró, o *habeas corpus* se transformou numa amplíssimo “agravo” que, ao invés de tutelar adequadamente a liberdade de locomoção, acaba por prejudicá-la: o grande volume de

3. NORMAS FUNDAMENTAIS REITORAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE LIBERDADE

3.1. Dignidade da pessoa humana

Ha controvérsia a respeito do enquadramento normativo da dignidade da pessoa humana.

Indubitavelmente, cuida-se de uma norma, porque diz o que deve ser, e pode ser formulada por meio das proposições deônticas do dever, da permissão e da proibição,¹⁸⁶ vale dizer, implica prescrições – ações ou medidas obrigatórias, proibidas ou permitidas - relativas aos fins do Estado, aos limites do poder político e ao reconhecimento de direitos fundamentais.¹⁸⁷

Mas se trata de uma regra ou de um princípio?¹⁸⁸

Regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, cumpridas ou não cumpridas, aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Se a regra é válida, é mister fazer exatamente o que ela exige; nem mais, nem menos.

Por sua vez, os princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Diferentemente das regras, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, isto é, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Princípios colidentes coexistem, regras antinômicas excluem-se. Princípios permitem balanceamento de valores e interesses, e regras válidas não admitem qualquer outra solução, que não o seu exato cumprimento na medida de suas prescrições.

Robert Alexy afirma que o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, ao estabelecer que

habeas corpus nos tribunais, visando prevenir ameaças longínquas à liberdade, implica na apreciação menos célere - para não dizer muito demorada - dos casos em que há efetiva lesão a esse direito. Registra, por fim, que o Supremo Tribunal Federal já chegou ao extremo de conceder *habeas corpus* para determinar que outro *habeas corpus* em trâmite no Superior Tribunal de Justiça fosse julgado em prazo razoável, vale dizer, para que a autoridade impetrada o apresentasse em mesa, para julgamento, na primeira sessão da Turma em que oficiava. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 676-677, em especial nota de rodapé n. 6).

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

¹⁸⁷ GARCÍA, Gloria María Gallego. Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. In VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez (coord). *Derecho penal liberal y dignidad humana* – libro homenaje al Dr. Hernando Londono Jiménez. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 265.

¹⁸⁸ Sobre a distinção entre regras e princípios e os métodos de solução de seus conflitos, vide itens 1.2 e 1.3.

“a dignidade humana é inviolável”, parece criar um princípio absoluto, que teria precedência sobre todos os demais e não cederia em hipótese alguma em favor de outros princípios. Sua realização, assim, não conheceria nenhum limite jurídico, apenas fático, o que afastaria a aplicação do teorema da colisão.¹⁸⁹

A fim de superar esse dilema, Alexy sustenta que a norma da dignidade humana é tratada em parte como regra e em parte como princípio – vale dizer, é uma regra e um princípio -, e que, no seu caso, existe “um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”.¹⁹⁰

Para Alexy, a natureza de regra da dignidade humana “pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada, ou não”. Contudo, o próprio autor, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, observa que há ampla margem de apreciação na resposta a essa questão, pois tudo depende do caso concreto, ou seja, das circunstâncias nas quais a dignidade humana pode ser considerada como violada, com a possibilidade de se recorrer ao sopesamento.¹⁹¹

Essa construção, de acordo com Alexy, apresenta, de um lado, a vantagem da desnecessidade de introdução de uma cláusula de restrição no direito fundamental à dignidade humana e, de outro, a possibilidade de um sopesamento entre o princípio da dignidade humana e outros princípios constitucionais.¹⁹²

A posição defendida por Alexy, todavia, apresenta graves problemas, bem apontados por Virgílio Afonso da Silva. Admiti-la significa pressupor que a dignidade humana apresenta um conteúdo essencial absoluto, um núcleo intocável por qualquer restrição, “que seria caracterizado pela ‘parte regra’ da norma que garante esse direito”. Já a “parte princípio” da norma da dignidade humana seria “relativizável”, por ter a mesma estrutura de qualquer princípio.¹⁹³

Ocorre que não há como se definir, de antemão, o que faz parte desse conteúdo essencial, delimitar as fronteiras da dignidade da pessoa humana e precisar que condutas,

¹⁸⁹ Vale dizer, “sob determinadas condições há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 111 e 114).

¹⁹⁰ *Idem*, *op. cit.* pp. 111-112.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112.

¹⁹² *Idem*, *op. cit.* pp. 113, nota de rodapé 69.

¹⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201.

situações ou posições jurídicas se reputam intra ou extramuros,¹⁹⁴ até porque, como o próprio Alexy admite, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é tão indeterminado quanto o próprio conceito de dignidade humana.¹⁹⁵

Ante o exposto, afastada essa pretendida hibridez, mostra-se irrepreensível a conclusão de Virgílio Afonso da Silva de que a dignidade humana é um princípio que, como os demais, apresenta um conteúdo essencial relativo, salvo quando a própria Constituição, em outras normas específicas com estrutura de regra, define condutas absolutamente proibidas nessa esfera, como a vedação da tortura e tratamento cruel ou degradante (art. 5º, III), “que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”.^{196 197}

Giovanni Pico della Mirandola, filósofo humanista apontado como um dos precursores da dignidade humana,¹⁹⁸ no seu famoso *Discurso Sobre a Dignidade do*

¹⁹⁴ José Carlos Vieira de Andrade identifica, na dignidade da pessoa humana, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o seu coração ou núcleo fundamental intocável. Para esse autor, se a existência de outros princípios ou valores exige que os direitos possam ser restringidos, a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, “tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição”. Aduz que o “limite ao poder legislativo residirá, então, em não poder ele atentar contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem projeção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional nesta matéria”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 236-237). O autor, contudo, incide no mesmo equívoco: não aponta critérios para que se possa definir o que, precisamente, integra esse conteúdo absoluto.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 355. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 100.

¹⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 201-202. No mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes afirma que também a dignidade da pessoa humana não é princípio absoluto e comporta restrições, desde que justificadas de modo jusfundamental, ou seja, com base em outras normas fundamentais que se mostrem aplicáveis para o caso concreto em determinada condição fática e jurídica. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204).

¹⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet afirma, corretamente, que a margem de apreciação para definição do que seja tortura ou tratamento desumano e degradante não legitima, com base numa ponderação das dignidades dos envolvidos, a prática de tortura para salvar a vida de inocentes. Em sentido contrário, cita doutrina alemã que a admite, em nome da dignidade de terceiros, em casos extremos, como a descoberta do paradeiro de uma bomba armada, capaz de matar centenas de pessoas. Por fim, registra decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que declarou inconstitucional dispositivo legal que permitia o abate de aeronave ocupada por terroristas, diante da possibilidade de sua utilização para realizar atentados, sob o fundamento de que a tripulação e os passageiros do avião seriam destituídos de seus direitos e reduzidos à condição de objeto. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 155-156, em especial notas de rodapé n. 401 e 403).

¹⁹⁸ João Costa Neto, diversamente, aponta que a *dignitatis hominis*, como entendida por Della Mirandola, não tem o mesmo significado hodierno da dignidade humana, “sobretudo, por carecer (1) da figura do sujeito-

Homem, de 1486, sustentou que ao homem, desde o nascimento, foi concedido o poder divino de obter o que deseja, de ser o que quiser, de escolher e decidir, e que, no exercício dessa faculdade, o homem, “árbitro e artífice soberano de si mesmo”, “poderá degenerar até as bestas ou regenerar-se até as realidades superiores que são divinas, por decisão de seu próprio ânimo”.¹⁹⁹

Como observa Maria de Lourdes Sirgado Ganho na apresentação da citada obra, essa tese, para a época, era notável e peculiar: o homem, com a possibilidade de ser tudo, está condenado a escolher, condenado à liberdade. “E porque tem de escolher, o homem é o fator do seu destino”.²⁰⁰

Dignidade humana e autonomia pessoal são, portanto, incindíveis,²⁰¹ razão pela qual a liberdade exterior, “que consiste na inexistência de coerção exterior sobre o indivíduo na escolha entre determinadas alternativas de decisão” (liberdade jurídica negativa)²⁰² desempenha papel relevante no poder de autodeterminação do homem.

Ingo Wolfgang Sarlet anota a dificuldade de conceituação da dignidade da pessoa humana, por não se referir a aspectos mais ou menos específicos da existência humana, como vida, integridade física, intimidade, constituindo um atributo inerente a todo e qualquer ser humano e que o identifica como tal.^{203 204}

indivíduo, (2) do corolário da isonomia, (3) por não fundar obrigações de respeito, (4) não estar baseada na liberdade e na vontade, (5) e não atribuir ao sujeito (até porque não há um) o direito de perseguir de maneira autônoma os próprios propósitos. (COSTA NETO, João. *Dignidade humana – visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.24-25).

¹⁹⁹ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lourdes Sirgado Ganho. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 57-61.

²⁰⁰ GANHO, Maria de Lourdes Sirgado. Apresentação. In MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lourdes Sirgado Ganho. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. XXI-XXIV.

²⁰¹ MIRANDA, Jorge. *A constituição e a dignidade da pessoa humana*. In _____. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípa Editora, 2006, p. 479. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 101. Este último autor anota a intrínseca relação entre as noções de liberdade e dignidade, já que os direitos de liberdade constituem uma das principais, senão a principal, exigência da dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 56).

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 357. De acordo com o autor, não se trata, portanto, de mera liberdade positiva interior, como aquela existente no cumprimento, por puro dever, da lei moral.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 50. Sarlet, não obstante a apontada dificuldade, assim buscou conceituar a dignidade da humana: “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a

Se, por essa razão, a dignidade da pessoa humana não é mera concessão ou criação do constituinte, sua positivação guarda estreita relação com os níveis de sua efetiva realização e promoção,²⁰⁵ na medida em que, como valor fundamental, se impõe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, servindo de critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.²⁰⁶

Em verdade, a conexão entre dignidade da pessoa humana e o exercício do poder estatal se prende à aceitação de que é o Estado que existe para o homem e deve se moldar a ele, e não o oposto.²⁰⁷

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, na medida em que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado,²⁰⁸ e assume um papel medular

rede da vida”.

²⁰⁴ Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 1º, estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade”.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 52 e 82-84.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.27-30.

²⁰⁷ BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 92-101. A autora pondera que, no plano internacional, constata-se heterogeneidades na concepção de dignidade da pessoa humana, derivadas de valores culturais, religiosos, desenvolvimento social, econômico etc. Assim, o “nível ótimo de proteção” da dignidade varia em função de várias realidades, como a própria história do Estado em causa e dos valores que fazem parte do patrimônio intrínseco da sua sociedade. Adverte, porém, que um Estado não pode escudar-se em justificativas como assuntos internos, relativismo cultural ou identidade nacional para conservar tradições grosseiramente violadoras da dignidade da pessoa humana, como a mutilação genital feminina que, em 2005, afetou três milhões de mulheres na África e no Oriente Médio. Sobre isto, ver também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 98.

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge. *A constituição e a dignidade da pessoa humana*. In _____. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípa Editora, 2006, p. 469. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a função instrumental integradora e hermenêutica da dignidade da pessoa humana, a qual serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais, como de todo o ordenamento jurídico. Segundo ele, esse princípio é considerado fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 109). Para José Joaquim Gomes Canotilho, em face das experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídio étnico), erigir-se a dignidade da pessoa humana em base da República converte o indivíduo em seu limite e fundamento político. “Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219). No mesmo sentido, Catarina Santos Botelho anota que a vivência de experiências humanamente degradantes, tais como os massacres praticados em campos de concentração, a coisificação da vida humana e o eugenismo influenciaram decisivamente a inclusão do valor da dignidade da pessoa humana em diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos (Carta das Nações Unidas, Declaração

de toda a ordem constitucional.²⁰⁹

Trata-se, de acordo com José Afonso da Silva, de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.²¹⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal (art. 1º, III).

Gomes Canotilho, ao tratar do mesmo princípio, positivado pelo art. 2º da Constituição Portuguesa, explica que uma República baseada na dignidade da pessoa humana toma em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana, qual seja, a ideia, de Pico della Mirandola, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual.²¹¹

O princípio da dignidade da pessoa humana prescreve que “todo ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, organizações sociais e pelo Estado”,²¹² prescrição que pode ser densificada por mandamentos e proibições mais específicos.²¹³

A natureza de ser humano, por si só, independentemente de qualquer outro atributo,

Universal de Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos etc.). (BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 97-98.

²⁰⁹ *Idem, op.cit.*, p. 102.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107. No mesmo sentido, ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 203.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

²¹² GARCÍA, Gloria María Gallego. Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. In VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez (coord). *Derecho penal liberal y dignidad humana – libro homenaje al Dr. Hernando Londono Jiménez*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 265-266. Para a autora, a primeira parte do enunciado só em aparência é redundante ou trivial, pois estabelece uma exigência ética e política indispensável. Na vida real, alguns indivíduos identificam como humanidade apenas uma parcela de seres humanos aos quais se deve tributar respeito, excluindo os demais. Disso resulta a insensibilidade moral frente ao sofrimento e à humilhação “dos outros”, considerados sub-humanos. “Relata Hart que, quando se perguntou a Huckleberry Finn se a explosão da caldeira de um barco havia ferido alguém, contestou: ‘Não, matou um negro’. O comentário de tia Sally – ‘que sorte, porque às vezes as pessoas se ferem’ - resume toda uma moral que prevaleceu entre os homens”. Gloria María anota que esse tipo de episódio se sucede: judeus, ciganos, deficientes mentais, homossexuais e comunistas encerrados e exterminados em campos de concentração por serem vistos como algo menos que seres humanos. Crianças de rua, mendigos, prostitutas e travestis desaparecidos ou executados sumariamente em operações de limpeza social em cidades da Colômbia, Brasil e Guatemala. Daí porque, segundo Peter Häberle, o reconhecimento da igual dignidade do outro, a referência ao “próximo”, ao “tu”, ao “irmão” (no sentido da fraternidade de 1789), é parte integrante do princípio da dignidade humana. (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, pp. 292-293).

²¹³ Ingo Wolfgang Sarlet bem registra que o princípio da dignidade da pessoa humana não se limita a impor deveres de abstenção, mas exige condutas positivas dos órgãos estatais tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo, como a criação de leis que correspondam às exigências do princípio. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 106).

é suficiente para que o indivíduo seja reconhecido e tratado com respeito e consideração, o que importa a proibição de tratamentos incongruentes com aquela condição, tais como a pobreza (falta de moradia, fome, desnutrição, analfabetismo, acesso aos serviços de saúde), a violência em todas as suas manifestações (tortura, mutilações, desaparecimentos forçados) e as práticas vexatórias que produzam sofrimento psicológico e moral, e que causem a perda de autoestima e respeito próprio. Com essas proibições, o princípio da dignidade humana busca evitar o sofrimento, a crueldade e a humilhação de seres humanos.²¹⁴

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de uma qualidade intrínseca da pessoa humana, algo que simplesmente existe, “sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.²¹⁵

Há que se ressaltar que a dignidade da pessoa humana se refere a um indivíduo concreto, “na sua vida real e quotidiana”, e não a um ente ideal e abstrato. “É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.²¹⁶

De acordo com Robert Alexy, “para além das fórmulas genéricas, como aquela que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto”, é possível expressar o conceito de dignidade humana “por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade humana seja garantida”,²¹⁷ e que

²¹⁴ GARCÍA, Gloria María Gallego. Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. In VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez (coord). *Derecho penal liberal y dignidad humana* – libro homenaje al Dr. Hernando Londono Jiménez. Bogotá: Editorial Temis, 2005, pp. 266-269.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 100-101.

²¹⁶ MIRANDA, Jorge. *A constituição e a dignidade da pessoa humana*. In _____. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípa Editora, 2006, p. 472.

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 355. Como pondera Ingo Wolfgang Sarlet, a fórmula de que se considera atingida a dignidade da pessoa humana sempre que o indivíduo é rebaixado a mero objeto ou instrumento, desenvolvida por Günter Dürig na Alemanha, embora não defina previamente o conteúdo desse princípio e, portanto, não delimite o seu âmbito de proteção, “permite a verificação, no caso concreto, da existência de uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, uma direção a ser seguida”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 103). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também observam que a “fórmula do objeto” tem tido proeminência, apesar de criticada por deixar margem a incertezas, diante da grande variedade de casos limítrofes e zonas cinzentas. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 76-77). Peter Häberle anota que, apesar de sua grande tradição jurisprudencial, o Tribunal Constitucional Federal alemão não conseguiu expressar nenhuma fórmula que se pudesse considerar suficiente ou “prática” do que seja dignidade humana. Para Häberle, os direitos fundamentais devem permitir ao ser humano “chegar a ser pessoa, sê-lo e seguir

necessariamente pressupõem o respeito à sua integridade física e moral. Assim, “a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito”.²¹⁸ Desse feixe de condições deriva a vedação da tortura, de tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, das penas de natureza corporal.

A dignidade da pessoa humana, portanto, está na base de grande parte dos direitos fundamentais, imbricando-se com os direitos à vida, liberdade e igualdade.²¹⁹ Evidente que, por viver em sociedade e se inter-relacionar com outros indivíduos, são legítimas, diante de razões suficientes (tais como direitos de terceiros ou interesses coletivos), as restrições impostas pelo legislador “com o objetivo de manter e fomentar a convivência social, dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias”.²²⁰

No processo penal, o princípio da dignidade da pessoa humana projeta largos efeitos, vinculando o legislador, o juiz, os órgãos da persecução penal e a administração penitenciária.

sendo-o”. Esta garantia jurídica de ser pessoa, da identidade, é o cerne da dignidade humana. Assim, a fórmula do objeto de Dürig se converte em fórmula do sujeito: o Estado constitucional realiza a dignidade humana fazendo de seus cidadãos *sujeitos* de sua atuação, assegurando-lhe as possibilidades de livre desenvolvimento. (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, pp. 289-291).

²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 355. Assim, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a liberdade e a autonomia não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 71).

²¹⁹ José Carlos Vieira de Andrade, diversamente, afirma que “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados”, que apresentam diferentes graus de vinculação com aquele princípio. Para o autor português, o direito à vida, à liberdade física ou de consciência são explicitações de 1º grau da ideia de dignidade, como “atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos”, que modela seu conteúdo essencial, ao passo que outros direitos decorrem desse “conjunto de direitos fundamentalíssimos” ou completam-nos como explicitações de 2º grau, de acordo com circunstâncias sociais, econômicas, política e ideológicas, como o direito de manifestação, à saúde, moradia, férias remuneradas, os quais, embora não decorrem em toda a sua extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, nele também encontram sua base. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 236-237). Não é possível concordar com tamanha generalidade. Embora inúmeros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade, se imbriquem com a dignidade da pessoa humana, a ela possam ser reconduzidos ou nela encontrem o seu fundamento, nem todos os direitos fundamentais catalogados podem ser considerados concretizações da dignidade humana. Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 96). Em abono a esse entendimento, o autor cita, exemplificativamente, o art. 5º, XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como o art. 7º, XI, XXVI e XXXIX, ambos da Constituição Federal.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 357-358. Assim, não se outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer o que se quer. Dada sua estrutura de princípio, trata-se de uma liberdade *prima facie*, pela qual todos podem fazer ou deixar de fazer o que desejarem, desde que não existam razões suficientes que fundamentem uma restrição a essa liberdade.

Impõe que o imputado seja tratado com respeito à sua integridade física e moral, em todos os momentos da persecução penal e da execução da pena.

Exige, em atenção aos seus direitos de personalidade, que o imputado receba tratamento nominal (arts. 40 e 41, XI, da Lei nº 7.210/84, aplicáveis ao preso provisório por força do art. 2º, parágrafo único, do mesmo diploma legal), vedando-se seu chamamento numérico.

Importa a proibição²²¹ de medidas cautelares pessoais que impliquem tratamento cruel, degradante ou humilhante,²²² ou que violem a intangibilidade do corpo humano do imputado, tais como a gravação de tatuagens e marcas, a castração química em crimes contra a dignidade sexual, a implantação de chip subcutâneo de monitoramento eletrônico ou de dispositivos que possibilitem a emissão de descargas elétricas, caso se afaste do perímetro em que deva permanecer, a coleta compulsória de sangue, esperma ou saliva etc.²²³

Por sua vez, a execução da medida cautelar, que já é constrangedora por si, não pode gerar ao imputado constrangimentos adicionais que violem sua dignidade, como se verifica, v.g., no uso abusivo de algemas,²²⁴ no cumprimento de mandados de prisão ou de

²²¹ A proibição é endereçada, precipuamente, ao legislador, que não pode prever, em abstrato, medidas cautelares dessa espécie, haja vista que o juiz, por força do princípio da legalidade, só pode impor aquelas expressamente previstas em lei, cujo rol é taxativo, e não meramente exemplificativo. Mas, obviamente, as proibições também vinculam os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo.

²²² O Livro V das Ordenações do Reino (Código Filipino) previa diversas medidas infamantes e cruéis. Os mouros e judeus deveriam usar sinais para que fossem reconhecidos: os primeiros deveriam trajar “uma lua de pano vermelho de quatro dedos, cosida no ombro direito, na capa e no pelote” e os judeus, uma carapuça ou chapéu amarelo. No caso de consentimento do marido com o adultério de sua mulher, ambos seriam obrigados a usarem “capellas de cornos”, espécie de grinalda com chifres, com as quais seriam açoitados (Título XXIV, item 9). A mulher condenada como alcoviteira estava obrigada a usar, sempre que saísse de casa, polaina ou enxarvia (espécie de touca) vermelha na cabeça (Título XXXII, item 6). Havia, para diversos crimes, previsão ainda de açoitamento com baraço (grossa corda ou corrente atada ao pescoço) e “pregão” (v.g., Título XLV – assuada, isto é, ajuntamento de pessoas para motim ou arruaça; Título LX, item 1 – “abrir porta ou entrar em casa com ânimo de furtar”; Título LXIX – ciganos que violem proibição de entrar no Reino). As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603 e sua parte criminal vigorou no Brasil até o Código Criminal do Império (1830).

²²³ Embora tratando de questão diversa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 71.373/RS, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJ de 22/11/96, por apertada maioria, entendeu que a determinação judicial para que o réu em ação de investigação de paternidade se submetesse compulsoriamente ao fornecimento de sangue para exame de DNA, “discrepa, a não mais poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei (...)”. Estavam em confronto, nesse julgamento, o direito, por parte do autor da ação, ao conhecimento real da sua origem genética, e não meramente presumida, e o direito do réu à inviolabilidade do seu corpo. Concluiu a maioria dos julgadores que, embora mínimo o sacrifício a ser suportado pelo réu (“simples espetadela”), a ordem judicial violava os princípios constitucionais da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da intimidade.

²²⁴ A crescente espetacularização das prisões cautelares e o uso abusivo de algemas, como instrumento de execução pública do imputado, levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à

busca e apreensão adredemente ajustado com órgãos de imprensa, na indiscriminada - e, no mais das vezes, imposta - exposição do imputado à mídia, em situação vexatória ou que o equipare à condição de culpado, no recolhimento do preso a jaula exposta às intempéries, em containers, delegacias ou estabelecimentos prisionais desprovidos das condições mínimas de higiene e salubridade.²²⁵

3.2. Legalidade

O Estado de Direito é um estado constitucional, pois, nas palavras de Canotilho, “pressupõe a existência de uma constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”, conferindo à sua atuação medida e forma (princípio da constitucionalidade), e nisso reside a supremacia normativa da constituição.²²⁶

A expressão “Estado de Direito” indica um valor - a eliminação de toda arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos - e uma direção - a inversão da relação entre poder e direito: não mais *rex facit legem*, e sim *lex facit regem*.²²⁷

O princípio da legalidade compreende tanto a noção de supremacia da lei quanto a de reserva legal.²²⁸

No Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), é basilar o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF), por ser justamente aquele que o qualifica e lhe confere identidade própria, traduzindo o propósito político de submeter os exercentes do poder ao

integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Neste particular, o art. 114, inciso 6-*bis* do Código de Processo Penal italiano proíbe a divulgação da imagem de uma pessoa privada de sua liberdade sujeita ao uso de algemas ou outro meio de coerção física, salvo se houver o seu consentimento.

²²⁵ A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), em seu art. 88, determina que o condenado seja alojado em cela individual, atendidos os seguintes requisitos básicos: i) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, e ii) área mínima de seis metros quadrados. Esse dispositivo, em tese, se aplica ao preso provisório, por força do art. 2º, parágrafo único, do citado diploma legal. Mera ficção jurídica, diante da realidade carcerária do País.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 239.

²²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 21.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 842.

império da lei parlamentar,²²⁹ como expressão privilegiada do princípio democrático.²³⁰

A ideia matriz do princípio da legalidade está em que apenas o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas.²³¹

Nesse sentido, observa Inocêncio Mártires Coelho que o núcleo essencial do princípio da legalidade “se espraia e se especifica” no ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões como devido processo legal, supremacia da lei, reserva de lei, legalidade penal, dentre outras, que “substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento, por excelência, de conformação jurídica das relações sociais”.²³²

A reserva de lei, no âmbito dos direitos fundamentais, é endereçada ao próprio legislador: “só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei *só* pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos”.²³³

Para a realização plena do princípio da legalidade, segundo José Afonso da Silva, a palavra lei se aplica, com exação, à lei formal, “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)”. Há casos, todavia, em que a referência à lei na Constituição não exclui a possibilidade de que a matéria, nas hipóteses estritamente indicadas nos seus arts. 62 e 68, seja regulada por atos equiparados à lei formal, quais sejam, medida provisória e lei delegada.²³⁴

Ocorre que, por expressa determinação constitucional, são vedadas a edição de medida provisória sobre direito penal e processual penal (art. 62, § 2º, b, CF), bem como a delegação do Congresso Nacional ao Presidente da República para legislar sobre direitos individuais (art. 68, § 1º, II, CF).

Por sua vez, a competência para legislar sobre direito penal e direito processual é

²²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 102-103. No mesmo sentido, José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 123 e pp. 423-424.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 249.

²³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 423-424.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 638.

²³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 424.

privativa da União (art. 22, I, CF), resumindo-se a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal a “procedimentos em matéria processual” (art. 24, XI, CF).

Como medidas cautelares pessoais constituem matéria de processo e não de procedimento, somente lei em sentido formal, editada pela União, pode regulá-las, respeitados os parâmetros materiais fixados pela Constituição Federal.

Evidente que a lei, como pondera Mario Chiavario, ao tipificar as medidas cautelares, cuida de fixar suas linhas essenciais individualizadoras e, sobretudo, de assinalar os limites de compressão do direito de liberdade, dada a impossibilidade de tratar de todas as particularidades inerentes à sua execução.²³⁵

Outros dispositivos constitucionais reforçam a impossibilidade de atos equiparados à lei formal criarem restrições à liberdade de locomoção.

De acordo com o art. 5º, LXV, da Constituição Federal, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judicial. Assim, a prisão em flagrante somente será considerada válida se preencher os requisitos previstos em lei formal.

Por sua vez, o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, determina que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, de modo que, mais uma vez, somente lei em sentido formal pode regular essa matéria.

Não se olvida que, ao Presidente da República, compete privativamente expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis (art. 84, IV, CF). Esse poder regulamentar, contudo, não se equipara ao poder legislativo e não lhe outorga competência para inovar na ordem jurídica. Cuida-se de “um poder administrativo no exercício de função normativa subordinada”, cuja finalidade é desenvolver os princípios previstos na lei e estabelecer os pormenores de sua execução.²³⁶

Limita-se, em suma, a fazer cumprir lei preexistente, à qual se subjeta inteiramente.^{237 238}

²³⁵ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 717.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 428-430. Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 495.

²³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 102-108. Para o renomado administrativista, os arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal atribuem ao princípio da legalidade “uma postura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões”, o que, a seu ver, é “o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante – viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre repartição de poderes”.

Por fim, Gilmar Ferreira Mendes anota que o conceito de legalidade

não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma.

Assim, prossegue o citado autor, por “lei” (art. 5º, II, CF) deve-se entender o “conjunto do ordenamento jurídico”, de modo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas dela derivadas”. “O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à força normativa da Constituição”.²³⁹

²³⁸ Em sede de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, há um exemplo recente de exercício do poder regulamentar. A Presidente da República editou o Decreto n. 7.627, em 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração eletrônica prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal, bem como a monitoração de que tratam os arts. 146-B, 146-C e 146-D da Lei de Execução Penal. No intuito de orientar e facilitar a aplicação da medida, o Decreto determina que a pessoa monitorada deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e os deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração (art. 3º). O Decreto ainda impõe à Administração os deveres de: i) encaminhar relatório circunstanciado sobre a pessoa monitorada ao juiz competente, na periodicidade estabelecida ou, a qualquer momento, quando por este determinado ou quando as circunstâncias assim o exigirem; ii) orientar a pessoa monitorada no cumprimento de suas obrigações, iii) comunicar, imediatamente, ao juiz competente, fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições, e iv) manter sigilo dos dados e informações da pessoa monitorada (arts. 4º e 6º). Por sua vez, o art. 4º, *caput*, do Decreto n. 7.627/11 estabelece que a responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica “caberá aos órgãos de gestão penitenciária”. Esse ponto demanda maior reflexão. A provável razão para essa atribuição reside no fato de que o Decreto, ao regulamentar tanto a monitoração eletrônica como medida cautelar quanto aquela imposta a sentenciado em cumprimento de pena, buscou unificar o controle e o gerenciamento de todo o sistema nos órgãos de gestão penitenciária. Essa opção política, todavia, deve vincular apenas a União, haja vista que os Estados e o Distrito Federal são dotados da capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 290-295 e 306-307). Por força dessa autonomia constitucional, simples Decreto federal não pode obrigá-los a onerar a administração penitenciária com a gestão integral do sistema de monitoração. A nosso ver, os Estados e o Distrito Federal podem optar, em face de suas especificidades técnico-políticas, por dividir a responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica, v.g., entre a Secretaria de Segurança Pública (monitoração como medida cautelar) e a Secretaria de Administração Penitenciária (monitoração de cumprimento de pena). Outro exemplo de exercício do poder regulamentar está previsto no art. 199 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Esse decreto, passados trinta anos, nunca foi editado, e o uso abusivo de algemas levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

²³⁹ In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 839-840.

3.2.1. Legalidade: lei escrita, estrita e prévia

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano aponta que, por força do princípio ‘*nulla coactio sine lege*’, projeção processual da parêmia ‘*nulla poena nullum crimen sine lege*’,²⁴⁰ a lei processual que tipifica medidas restritivas de direitos fundamentais há que ser escrita, estrita e prévia.²⁴¹

No mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes afirma que a legalidade processual penal

aufere 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.

A legalidade, portanto, exige uma lei formalmente correta e um fim constitucionalmente justificável.²⁴²

Lei estrita significa que os seus pressupostos de admissibilidade e o conteúdo da restrição devem ser determinados pelo legislador, sem prejuízo das margens de apreciação conferidas ao aplicador e desde que não se utilizem cláusulas gerais absolutamente indetermináveis, a fim de que não haja burla à sua função de garantir a segurança jurídica.²⁴³

Para Claudio Papagno, o princípio da legalidade se concretiza na determinabilidade, na clareza e precisão (“*determinatezza*”) das disposições que regulam o rito penal, único instrumento para evitar possível arbítrio judicial na aplicação das regras processuais.²⁴⁴

²⁴⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 315.

²⁴¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78.

²⁴² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 315.

²⁴³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78.

²⁴⁴ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 32.

Se os requisitos de que a lei seja escrita e estrita não comportam maiores digressões, grande é a controvérsia a respeito da terceira exigência para conformação do princípio da legalidade processual penal: lei prévia.

Discute-se se a norma constitucional que proíbe a *novatio legis in pejus*, vale dizer, a retroatividade da norma penal em prejuízo do imputado, aplica-se ou não às normas processuais penais.

A Constituição Federal, ao determinar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XXXIX e XL), não faz referência expressa à norma processual penal.

Também ao tratar da prisão e da liberdade provisória (art. 5º, LXI e LXVI), a Constituição Federal não exigiu a anterioridade da lei processual penal.

Nos termos do art. 2º, do Código de Processo Penal, a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados, sob a vigência da lei anterior. Esse enunciado consagra o princípio do *tempus regit actum*, segundo o qual a regularidade de um ato processual se subordina à lei sob cuja vigência ele foi praticado.²⁴⁵

Discute-se, aqui, se a anterioridade da lei processual penal, a par de se referir ao ato processual a ser praticado, também compreende o próprio fato (ilícito penal) que é objeto da persecução penal.

A questão primordial é identificar se as normas que tratam da prisão cautelar e da liberdade provisória são normas de cunho estritamente processual ou se têm caráter híbrido penal-processual penal.

René Ariel Dotti entende que a lei penal é mais grave quando “estabelece qualquer hipótese penal ou processual que venha em prejuízo da liberdade, do patrimônio e de outros bens do acusado”.²⁴⁶

Cezar Roberto Bitencourt sustenta que o *tempus regit actum* não se aplica à norma, posterior à prática do crime, que importe em diminuição de garantias ou maior restrição a direitos fundamentais, como a prisão cautelar, hipótese em que a lei anterior, mais benéfica, continuará regulando a matéria.²⁴⁷

²⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 38-61, Vol. I.

²⁴⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 355-356.

²⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - parte geral*. 19ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218, Vol. 1. O mesmo autor classifica, como normas penais de caráter material, as que, de qualquer modo, atingem direito fundamental do cidadão ou restringem sua liberdade, “como é

Gustavo Badaró sustenta que as normas sobre medidas cautelares privativas ou restritivas da liberdade têm conteúdo misto e, portanto, se subordinam à regra constitucional de direito intertemporal penal.²⁴⁸

Aury Lopes Júnior afirma que, diante da impossibilidade de se desvincular completamente o direito penal do processo,

as regras da retroatividade da lei penal devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu.

Aduz que, se a lei adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares, amplia seus prazos de duração ou veda a liberdade provisória mediante fiança, “limitar-se-á a reger os processos relativos a infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor”.²⁴⁹

Odone Sanguiné também entende que, pelo fato de a segurança jurídica constituir o fundamento da proibição da retroatividade desfavorável, a aplicação das regras de direito intertemporal no processo penal deve orientar-se pelo *favor rei*. A seu ver, a despeito de sua natureza processual, as normas que tratam da aplicação de medidas cautelares têm relevância penal, por exercerem influência imediata sobre o *status libertatis*, razão por que devem sujeitar-se às normas sobre sucessão de leis no tempo próprias das disposições materiais.²⁵⁰

Por fim, Maurício Zanoide de Moraes assevera que, “tal qual no âmbito penal, não se pode restringir direito fundamental sem processual anterior que determine o modo, a intensidade e a finalidade da restrição”.²⁵¹

Em sentido oposto, Frederico Marques discorda, com veemência, da aplicação das regras de direito penal intertemporal ao processo penal: para ele, “direito penal é direito

o caso das que proíbem a liberdade provisória, tornam crimes inafiançáveis etc”.

²⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 61.

²⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012., pp. 260-261.

²⁵⁰ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 75-84.

²⁵¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 315-316.

penal, e processo é processo”. Assim, “a fiança e a prisão preventiva, a lei nova é que as regula, pois não passam de medidas cautelares de coação processual”.²⁵²

Para Hélio Tornaghi, no processo penal, vigora a presunção de que a inovação legislativa visa melhorar o processo. “Esse tem por finalidade servir imparcialmente à justiça, não pendendo para o acusador e nem para o acusado. Por isso a lei nova é aplicada desde logo e não retroage para beneficiar ninguém”.²⁵³

Fernando da Costa Tourinho Filho também afirma que, se a lei nova dispuser de forma diferente sobre fiança ou prisão preventiva, pouco importando se mais severa ou não, terá incidência imediata, “a menos que o legislador, expressamente, determine tenha a lei mais benigna ultra-atividade ou retroatividade”.²⁵⁴

Relembre-se que Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam as relações jurídicas daí derivadas.²⁵⁵ Normas de direito penal, portanto, são aquelas que afetam, de algum modo, a pretensão punitiva ou executória do Estado,²⁵⁶ relacionando-se com a tipicidade, ilicitude, culpabilidade do sujeito, punibilidade.²⁵⁷

Feitas essas considerações, esposamos o entendimento de que as normas que disciplinam a prisão cautelar e a liberdade provisória, ainda que importem em grave intervenção no direito fundamental de liberdade do imputado, por não interferirem no *jus puniendi*, na relação jurídico-material punitiva, têm cunho estritamente processual: visam, tão somente, resguardar os meios ou os fins do processo.

Assim, a lei nova, ainda que confira tratamento mais gravoso à matéria, tem aplicação imediata aos processos em andamento, mesmo quanto aos crimes anteriores à sua vigência.

Nesse sentido, Fernando Capez aduz que, embora haja restrição do *jus libertatis*, a prisão se impõe por uma necessidade do processo, e não devido a um aumento na

²⁵² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 62, Vol. I.

²⁵³ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25, Vol. 1.

²⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.115, Vol. 1.

²⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 21, v. 1. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47, vol. 1. Para Aníbal Bruno, “norma penal é a norma de Direito em que se manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos puníveis e cominação das sanções. Definida assim, é a norma incriminadora, norma penal em sentido estrito. Mas normas penais são também aquelas que completam o sistema penal com seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras”. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal - parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117, T. 1).

²⁵⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

²⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 61.

satisfação do direito de punir do Estado. Se o sujeito vai responder preso ou solto ao processo, isso não diz respeito à pretensão punitiva.²⁵⁸

Em suma, em matéria de prisão cautelar e liberdade provisória, vigora, a nosso ver, o *tempus regit actum*.²⁵⁹

Desta feita, se ao rol do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, forem acrescentados novos crimes, nada obstará a decretação da prisão temporária do imputado, ainda que o fato seja anterior à entrada em vigor da lei modificadora, haja vista que a prisão cautelar, aqui, tutela, tão somente, os interesses do processo, sem alargar ou restringir o poder de punir do Estado.

Da mesma forma, se o constituinte derivado suprimir a imunidade processual parlamentar, nada obstará que, presentes os seus pressupostos, seja decretada a prisão temporária ou preventiva de membro do Congresso Nacional, ainda que se trate de crime anterior à nova emenda constitucional.

3.2.2. Vedações constitucionais expressas à prisão cautelar. Presidente da República e membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal

O Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções e, enquanto não sobrevier sentença condenatória, “não estará sujeito a prisão”, razão por que a ele não se poderá impor prisão em flagrante, temporária ou preventiva (art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição

²⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 88-89.

²⁵⁹ Não há jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, mas um único precedente, em sentido contrário ao exposto. No HC nº 91.118/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes de Direito, DJ de 14/12/07, a Suprema Corte entendeu que a vedação de liberdade provisória, prevista no art. 44 da lei nº 11.343/06, não poderia ser aplicada aos crimes ocorridos antes de sua vigência. Eis, na parte que interessa, o teor do voto condutor do acórdão: “Isso, porque, embora se trate de inovação processual, seus efeitos são de direito material e prejudicam o réu (art. 5, inc. XL, da Constituição Federal: A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu). No caso, o paciente está sendo processado pela prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 (tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico), preso em flagrante, por esses fatos, em 25 de outubro de 2005, antes da vigência da Lei nº 11.343/06. Assim, a norma incidente na espécie é a Lei nº 8.072/90 (art. 2º, inc. II), aplicação do princípio *tempus regit actum*. Esse dispositivo vedava a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos e para aqueles que lhes fossem equiparados, incluído, neste rol, o de tráfico ilícito de entorpecentes. Ocorre que, a Lei nº 11.464/07 deu nova redação ao art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, afastando o óbice antes existente para permitir a concessão de liberdade provisória aos crimes previstos nessa lei. Portanto, também por esse fundamento, essa é a norma aplicável à espécie, por ser mais benigna que a nova Lei de Tóxicos (art. 5, inc. XL, da Constituição Federal: A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu)”. Acórdão disponível em: www.stf.jus.br.

Federal).²⁶⁰

Por sua vez, o art. 53, § 2º, da Constituição Federal, determina que

desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

A Constituição Federal, portanto, veda, de forma peremptória, a submissão dos membros do Congresso Nacional a qualquer tipo de custódia cautelar, como a prisão temporária e a prisão preventiva, e somente admite sua prisão em flagrante delito²⁶¹ quando se tratar de crime inafiançável.

Igualmente, a imunidade prevista no art. 53, § 2º, da Constituição Federal, se aplica aos membros das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal,²⁶² por força dos seus arts. 27, § 1º e 32, § 3º.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da imunidade parlamentar formal, já asseverou que uma de suas emanções é a inarrestabilidade: salvo flagrante de crime inafiançável, o membro do Congresso Nacional não poderá ser submetido à prisão cautelar (*freedom from arrest*).²⁶³

²⁶⁰ Quanto a Governador de Estado ou do Distrito Federal, é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que “[o] Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual – que impede a prisão do governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da CF” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 978/PB, Plenário, Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, DJ de 17/11/95). A mesma *ratio decidendi* se aplica a Governador do Distrito Federal, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.020/DF, Plenário, Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/11/95 e Habeas Corpus nº 102.732/DF, Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJE de 7/5/10.

²⁶¹ A prisão em flagrante não tem natureza cautelar, por se tratar de uma pré-cautela. Sobre esse tema, vide item 4.1.

²⁶² Nesse sentido, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Os Deputados Estaduais, presente o contexto das prerrogativas constitucionais que lhes foram expressamente atribuídas (CF, art. 27, § 1º, c/c o art. 53, § 2º), dispõem da garantia de imunidade parlamentar que lhes assegura um estado de relativa incoercibilidade pessoal (*freedom from arrest*), de tal modo que os integrantes do Poder Legislativo dos Estados-membros só podem ser presos, se e quando em situação de flagrância por crime inafiançável, vedada, em consequência, contra eles, a efetivação de prisão temporária, de prisão preventiva ou de qualquer outra modalidade de prisão cautelar” (Reclamação nº 7.936/AL-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJE de 25/3/09). No mesmo sentido: Habeas Corpus nº 91.435/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJE de 16/5/09 e Recurso Extraordinário nº 456.679/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/4/06.

²⁶³ Inq. 510/DF, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 19/4/91. Consignou-se, nesse julgamento,

Trata-se, assim como o art. 86, § 3º, da Constituição Federal, de uma norma com estrutura de regra, que formula uma proibição. De acordo com Robert Alexy, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²⁶⁴

O constituinte originário, ao dispor somente sobre a prisão em flagrante de parlamentar, por óbvio não ignorava as diversas modalidades de prisão cautelares então existentes,²⁶⁵ tanto que prescreveu, no art. 5º da Constituição Federal, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inciso LXI) e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI).

Também não ignorava que, no processo penal, é permanente a tensão entre o direito de liberdade e o direito à segurança da coletividade e que, nas hipóteses estrita e legalmente previstas, aquele direito individual deve ceder em face do interesse coletivo em se garantir o resultado ou os meios do processo.

A Constituição Federal, todavia, fez explícita opção por vedar a prisão cautelar do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

O conflito entre o direito individual à liberdade e os interesses da persecução penal, portanto, já foi objeto de sopesamento por parte do constituinte originário, e não é dado ao intérprete, a pretexto de realizar ponderação de valores, contornar a vedação constitucional.

Virgílio Afonso da Silva, embora tratando de questão diversa (dignidade da pessoa humana e vedação da tortura e de tratamento degradante - art. 5º, III, CF), bem esclarece que, quando a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, define condutas absolutamente vedadas em determinado âmbito, impõe uma barreira intransponível, ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos, no conteúdo essencial desse direito fundamental.²⁶⁶

que “esse aspecto da imunidade formal - estado de relativa incoercibilidade pessoal do congressista - não obsta, observado o ‘*due process of law*’, a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao parlamentar”.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

²⁶⁵ Essas modalidades, previstas no Código de Processo Penal então vigente, eram: prisão preventiva (art. 312), prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º) e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 594). À época da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988), não existia a prisão temporária, criada pela Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e posteriormente convertida na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

²⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª

No mesmo sentido, Humberto Ávila assevera que princípios não afastam a incidência das regras constitucionais imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano, porque “as regras têm a função, precipuamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas)”. Na sua precisa lição, a regra constitucional

elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.²⁶⁷

Não se olvida que, em face do advento da Lei nº 12.403/11, houve profunda reforma na sistemática da prisão em flagrante e da prisão cautelar.

Assim, a prisão em flagrante delito não mais projeta sua força coercitiva no curso do processo, uma vez que subsiste, tão somente, até a sua apreciação pelo juiz, que deverá: i) relaxar a prisão ilegal; ii) impor, se necessário, medidas cautelares diversas da prisão ou, caso estas se mostrem inadequadas ou insuficientes, converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os seus requisitos; ou iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, CPP).

A alteração infraconstitucional, todavia, não derogou a vedação constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, nem mesmo por força de interpretação evolutiva, processo informal de reforma do texto da Constituição, que consiste em atribuir novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente do Constituinte.²⁶⁸

tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 201-202.

²⁶⁷ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 07 de julho de 2014. O autor exemplifica com a regra constitucional que veda, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, para asseverar que “não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer”.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.

A Constituição Federal atribuiu à respectiva Casa legislativa o poder de resolver sobre a prisão em flagrante de parlamentar.

O art. 34, § 3º, da Constituição de 1967, de forma similar ao atual texto constitucional, determinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, “para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão (...)”.

Pontes de Miranda, ao comentar esse dispositivo, observou:

Aqui, surge a questão de se saber se a deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado, a respeito da prisão em flagrante delito, é deliberação política, ou judicial heterotópica (isto é, por órgão não-judiciário). A resposta é, de *iure conditio*, a de se tratar de deliberação política: a despeito da flagrância, pode a câmara entender que se deve manter a imunidade processual.²⁶⁹

A nosso ver, a deliberação da Casa legislativa, na Constituição em vigor, permanece política, e não judicial. Embora, pelo Código de Processo Penal, a prisão em flagrante, atualmente, tenha limitadíssima duração temporal, a Constituição Federal continua a outorgar poderes à Casa legislativa – e não ao Judiciário - para resolver sobre a captura em flagrância de parlamentar, vale dizer, para decidir se a prisão deve ou não subsistir.

No caso de membro do Congresso Nacional, com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b”, CF), se a respectiva Casa Legislativa deliberar por manter a prisão em flagrante, como não há previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal a converta em prisão preventiva, os efeitos da prisão em flagrante continuarão a se protrair no tempo e o parlamentar deverá permanecer preso durante a investigação ou o processo, salvo a presença de manifesto constrangimento ilegal, reparável pela via do *habeas corpus* (arts. 5º, LXVIII, e 102, I, “d”, ambos da CF).

Em suma, as inovações introduzidas pela Lei nº 12.403/11 no sistema de prisão cautelar não induzem a uma mutação constitucional, vale dizer, a uma alteração do significado do texto do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, para supostamente possibilitar a prisão cautelar de parlamentar, por ordem do Poder Judiciário, pela via da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Outrossim, em face da expressa vedação constitucional para a decretação da prisão cautelar (temporária ou preventiva) de parlamentar no exercício do mandato, descabe

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 17, Tomo III.

argumentar-se, com amparo em fundamentos de índole infraconstitucional, com a necessidade da medida para garantia da ordem pública, da investigação ou instrução criminal, ou da futura aplicação da lei penal.

Neste particular, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, estatui que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (art. 7.2).

Medidas cautelares pessoais, portanto, são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a Constituição e a lei autorizam (princípio da taxatividade).²⁷⁰

Para Vittorio Grevi, é indubitável o significado garantístico do princípio da legalidade, sob o perfil da taxatividade, por vincular rigorosamente às previsões legislativas o exercício da “discrecionalidade” do juiz²⁷¹ em matéria de limitação da liberdade da pessoa.²⁷²

Exatamente por essas razões, não há como se invocar a proporcionalidade²⁷³ para legitimar a decretação da prisão temporária ou preventiva, contra texto expresso da Constituição, do Presidente da República, de membro do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Como aduz Willis Santiago Guerra Filho, a preservação de direitos fundamentais constitui a essência e a destinação da proporcionalidade.²⁷⁴

A proporcionalidade, portanto, é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais,²⁷⁵ e não uma válvula, ajustável ao talante do intérprete, para justificar suas eventuais violações.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 708. No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 808); CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2.

²⁷¹ A chamada discrecionalidade judicial é objeto dos itens 3.7.2 e 3.7.3.

²⁷² GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 395-396. Baseia-se o autor no art. 13 da Constituição italiana, o qual expressamente determina que qualquer restrição à liberdade pessoal somente poderá ocorrer por ato motivado da autoridade judiciária e nos casos e modos previstos em lei. (“*La libertà personale é inviolabile. Non é amessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se no per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto*”). Por sua vez, o art. 272 do Código Penal italiano determina que a liberdade pessoal somente pode ser restringida com medidas cautelares nos termos das disposições nele previstas.

²⁷³ Sobre proporcionalidade, vide item 3.8.

²⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 265.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já advertiu que a proporcionalidade não pode ser transformada em “gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”.²⁷⁶

Para Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, a legalidade constitui um dos pressupostos da proporcionalidade, ao exigir que toda medida limitadora de direitos fundamentais se encontre prevista em lei, postulado básico para sua legitimidade democrática e para garantia da previsibilidade de atuação dos poderes públicos. Adverte o professor espanhol que, no processo penal, a ponderação dos interesses em conflito jamais pode conduzir à quebra do princípio da legalidade. Por mais relevantes que sejam os interesses estatais, não encontra justificação constitucional a adoção de medidas legalmente inadmissíveis, mesmo que o puro contrapeso dos valores envolvidos no caso concreto aconselhe preterir o interesse individual em benefício da comunidade.²⁷⁷

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano critica veementemente a possibilidade de, mediante um contrapeso supralegal de valores, desligado das garantias estabelecidas por lei, adotarem-se medidas legalmente inadmissíveis, quando concorrerem importantes interesses do Estado.

Em nosso juízo, se se aceita o contrapeso ‘supralegal’ de valores para justificar o descumprimento da lei, em prejuízo do grau de proteção dos direitos individuais estabelecido, abre-se uma brecha no princípio da legalidade e se atribui ao princípio da proporcionalidade uma função pervertida que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, faz com que o princípio perca sua finalidade de limite das restrições, permitindo-se, com isso, ao Estado mascarar, com argumentos pseudojurídicos, atuações arbitrárias.²⁷⁸

²⁷⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

²⁷⁶ Habeas Corpus nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08.

²⁷⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 231.

²⁷⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 71. Lênio Luiz Streck, embora tratando de outra garantia fundamental, critica o uso das interceptações telefônicas, como prova emprestada, na esfera civil, “a partir de um juízo de proporcionalidade, autorizado pela discricionariedade judicial”. Para esse autor, não se pode utilizar a proporcionalidade para expandir aquilo que vem expressamente determinado pela Constituição ou, mais precisamente, para descumprir regra constitucional expressa, o que constitui uma arbitrariedade. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42). Cabe, aqui, uma ressalva. A premissa por ele adotada é correta – a proporcionalidade não pode ser invocada para descumprimento de regra constitucional –, mas discordamos de sua conclusão. Entendemos que jamais poderá ser autorizada a censura telefônica propriamente dita para fins processuais civis, uma vez que a Constituição Federal somente a autoriza, por ordem judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XIII). A questão, portanto, já foi objeto de ponderação pelo constituinte, que enunciou a citada regra e vedou a produção dessa prova para fins processuais civis. Ocorre que, uma vez rompida, lícitamente, para fins processuais penais, a intimidade constitucionalmente tutelada, e desde que não se constate a utilização indevida do processo penal como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil (GRINOVER,

Corroborando essa assertiva, Perfecto Andrés Ibáñez afirma que não se pode permitir, num Estado Constitucional de Direito, a atuação da potestade punitiva contra ou fora de suas próprias regras, ainda mais quando dotadas de máximo nível normativo.²⁷⁹

Conclui-se, portanto, que as vedações constitucionais à prisão cautelar impedem a justificação de sua adequação e necessidade sob o prisma da proporcionalidade.²⁸⁰

Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 185-186), não há óbice ao transporte da prova já produzida (áudios gravados e/ou laudo de degravação) para processo de outra natureza. Distinguem-se, pois, a admissão e produção da prova, somente cabíveis no processo penal, e o uso do resultado documental da prova já produzida, a ele não restrito. Assim, v.g., em processo de modificação de guarda ou de destituição do poder familiar, fundado na prática, pelo genitor, de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638, III, Código Civil), será plenamente admissível o uso, como prova emprestada, do resultado de interceptações telefônicas de conversas por ele mantidas, no curso de investigação ou processo criminal em que figure como imputado, que apure estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) ou crimes relativos a pedofilia (arts. 240 a 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente). O Supremo Tribunal Federal, na esteira desse raciocínio, admitiu o uso, em processo disciplinar instaurado pelo Conselho Nacional de Justiça contra magistrado, do resultado de interceptação telefônica obtida em inquérito ou processo-crime, “como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar” (Inq. 2.424/RJ – Questão de Ordem, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 24/8/07)

²⁷⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 191.

²⁸⁰ O Supremo Tribunal Federal nunca admitiu a decretação da prisão preventiva de parlamentar no exercício de mandato. Em 15/5/14, no Inquérito nº 3842/MT, o Ministro Dias Toffoli decretou a prisão preventiva de Deputado Estadual, no pressuposto de que o imputado, afastado da Presidência da Assembleia Legislativa, também estaria afastado do exercício do mandato, situação que, embora não lhe retirasse o foro por prerrogativa de função, suspenderia a sua imunidade formal, a partir de interpretação extensiva, para abranger a hipótese do art. 56, II, da Constituição Federal, do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 1.070/TO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 11/10/01, em que se deliberou pela suspensão da imunidade formal no caso de afastamento do parlamentar do exercício do mandato, para investir-se nos cargos permitidos pela Constituição (art. 56, I). Comprovado que, em verdade, o parlamentar se encontrava no exercício do mandato, em 23/5/14, foi revogada a sua prisão preventiva. Digno de registro, ainda, o julgamento do Habeas Corpus nº 89.417, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 15/12/06. O ato impugnado, nesse caso, foi a determinação da prisão de Deputado Estadual, em estado de flagrância, por Ministra do Superior Tribunal de Justiça, verbis: “Com relação ao Deputado José Carlos de Oliveira, deixo de decretar a preventiva em obediência ao disposto na Constituição do Estado de Rondônia que proíbe a prisão dos parlamentares, senão em flagrante e por crime inafiançável. Como os autos estão a demonstrar que o parlamentar indicado teve comportamento que pode ser enquadrado no tipo do art. 288 do Código Penal crime de bando ou quadrilha, observo que se trata de tipo delituoso de flagrante permanente, principalmente quando indicam os autos estar ele em constante articulação, dando conta dos negócios da organização criminoso, como demonstram os últimos diálogos telefônicos interceptados. Assim sendo, determino que a autoridade policial proceda à prisão do Deputado José Carlos de Oliveira, Carlão, em estado de flagrância, lavrando-se o respectivo auto (...).” O Supremo Tribunal Federal, no julgamento desse *Habeas Corpus*, apenas reconheceu a regularidade da prisão em flagrante do parlamentar, determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, e decidiu que, por circunstâncias excepcionais, falecia à Casa legislativa a independência necessária para sobre ela deliberar. Assim, a Suprema Corte, tão somente nesse particular, afastou a literal aplicação do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, sem abrir exceção à imunidade contra a prisão cautelar propriamente dita.

3.2.3. Legalidade e suspensão de agente político do exercício da função pública

O art. 319, VI, do Código de Processo Penal, prevê a medida cautelar de suspensão do exercício de função pública, “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

Embora esse dispositivo restrinja a possibilidade de aplicação da medida àquela singular hipótese, interpretação sistemática autoriza a conclusão de que a suspensão do exercício de função pública também poderá ser decretado nas demais hipóteses do art. 282, I, do Código de Processo Penal (necessidade para aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução criminal), aplicável a todas as medidas cautelares pessoais nele disciplinadas.²⁸¹

Nesse particular, a Lei nº 12.850/13, que trata de organização criminosa, em seu art. 2º, § 5º, “d”, prevê que,

se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Essas providências cautelares, em si, não inovam por completo na ordem jurídica, haja vista que o art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) prevê que

a autoridade judiciária ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.²⁸²

Com base na Lei de Improbidade Administrativa, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o afastamento cautelar de prefeitos²⁸³ e vereadores,²⁸⁴ mas ressalva que a

²⁸¹ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 441-442).

²⁸² O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente ao processamento e julgamento de prefeitos por atos de improbidade administrativa, com base na Lei nº 8.429/92 (ARE 683.235/PA-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki). O mérito dessa controvérsia ainda não foi julgado.

²⁸³ Medida Cautelar nº 1.730/SP, Quinta Turma, Relator o Ministro Gilson Dipp, Redator para o acórdão o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 8/3/2000.

²⁸⁴ Medida Cautelar nº 17.767/ES, Segunda Turma, Relator o Ministro Humberto Martins, DJe de 23/11/11.

mera menção à relevância ou posição estratégica do cargo não constitui fundamento a tanto suficiente, e que essa medida excepcional somente se justifica quando o comportamento do agente, no exercício de suas funções, possa comprometer a instrução do processo.²⁸⁵

Como a adoção dessa medida pode colocar em risco a própria existência do mandato eletivo,²⁸⁶ exige-se grande rigor na verificação dos seus pressupostos fáticos,²⁸⁷

²⁸⁵ AgRg no AREsp nº 472.261/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 1º/7/14; REsp 1.197.807/GO, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 14/11/2013; AgRg no REsp. nº 1.204.635/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro Castro Meira, DJe de 14/6/12; REsp. nº 929.483/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 17/12/08, e REsp. nº 993.065/ES, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 12/3/08.

²⁸⁶ Como ressaltado, embora tratando de questão diversa, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 644/AP-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 21/2/92, “a subtração ao titular, ainda que parcial, do conteúdo do exercício de um mandato político é, por si mesma, um dano irreparável”. Como assentou o Relator, “os mandatos republicanos são essencialmente limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição”.

²⁸⁷ Dada a sua relevância e pertinência, merece transcrição substancial excerto do voto condutor do acórdão proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Medida Cautelar nº 5.214/MG, Primeira Turma, DJ de 15/9/03: “A Lei 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em decorrência de atos de improbidade, estabelece, em seu artigo 20 e seu parágrafo (incluídos, aliás, em capítulo que trata de “disposições penais”) o seguinte: ‘Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual’. Do *caput* do artigo resulta evidente a preocupação em preservar, na maior medida possível, a manutenção do cargo no curso do processo, enquanto cabível algum recurso. E, no parágrafo, abre-se a possibilidade de determinar o afastamento cautelar do agente de seu cargo ‘quando a medida se fizer necessária à instrução processual’. Da conjugação dos dois dispositivos resulta, como inteligência adequada, a de que a medida cautelar somente se legitima como medida excepcional, quando de manifesta indispensabilidade. Certamente não pode ser deferida se o resultado a que visa pode ser obtido por outros meios, que não comprometam o bem jurídico protegido no *caput*: o exercício do cargo. Esse requisito se mostra ainda mais evidente em casos, como o presente, de exercício de mandato eletivo. A suspensão do exercício, considerada a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva do cargo, que tem prazo certo e insuscetível de prorrogação ou de restauração, em caso de improcedência da demanda. À luz dessa interpretação, não há como admitir a medida nas circunstâncias em que foi concedida no caso concreto. Não é preciso examinar a prova para constatar isso. Basta a simples consideração dos fundamentos do pedido. Diz o Ministério Público, nas suas razões de agravo que o afastamento do Prefeito se justifica porque ‘não se trata apenas de fatos já devidamente consolidados e administrativamente documentados, em razão das formalidades que informam o exercício das finanças públicas, como entendeu o magistrado de primeira instância. O referido déficit entre preço pago (superfaturado) e serviço executado pode se tornar *invisível*, insuscetível de ser constatado pela perícia de engenharia, estando ao livre alvedrio do requerido, caso permaneça no cargo, determinar intervenções que modifiquem o local periciado em sede administrativa’ (fls. 33). Em outras palavras, o que se diz é que o Prefeito deve ser afastado, não porque objetivamente tenha praticado ou tenha ameaçado praticar algum ato tendente a obstruir ou a destruir a prova. O seu afastamento é postulado pela pura e simples razão de ser prefeito e, como tal, poder eventualmente autorizar ou determinar ‘intervenções ou que modifique o local periciado’. Note-se que o pedido de afastamento já constava da própria petição inicial, antes, portanto, da citação, época em que o réu não podia nem em tese ameaçar a instrução do processo, sequer iniciada. O Tribunal local, ao deferir a medida, foi ainda mais longe: entendeu - sem considerar qualquer particularidade concreta - que o afastamento tem de ser deferido necessariamente, ‘inexistindo, nesta situação, ‘poder discricionário da autoridade judiciária, mas imposição de lei’ (fls. 17). Ora, não pode ser assim. Sem a alegação de existência efetiva de uma ameaça ao processo, o deferimento da medida equivale a tornar regra o que é exceção: em tese, qualquer agente público, especialmente os prefeitos, detém em sua competência um plexo de poderes ou de influência que, em maior ou menor medida, pode,

notadamente a possibilidade de se alcançar, por outros meios menos onerosos e até mais eficientes, o resultado almejado,²⁸⁸ mesmo porque, se “desprovido de fundamento, o afastamento pode constituir uma indevida interferência do Poder Judiciário, causando instabilidade política”.²⁸⁹

Enquanto na ação civil de improbidade somente se admite o afastamento cautelar por necessidade da instrução, no processo penal a suspensão do exercício de função pública, como já exposto, é cabível, em tese, para i) garantir a aplicação da lei penal; ii) garantir, além da instrução, a investigação criminal; e iii) evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP).

É possível ainda ao juiz afastar o agente público do desempenho de atividades específicas ou determinadas, sem ordenar a suspensão propriamente dita da função pública (supressão total do seu exercício).²⁹⁰ Admite-se, embora não haja previsão legal expressa,²⁹¹ a suspensão parcial de atividades específicas da função pública, por se tratar de medida menos gravosa que o afastamento total,²⁹² a depender das exigências cautelares do caso concreto.

A medida cautelar de suspensão do exercício de função pública, ordenada com fundamento no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, não pode implicar a suspensão ou redução do pagamento dos subsídios ou remuneração devidos ao imputado, porque

se indevidamente utilizada, acarretar danos à prova. Assim, a acolher-se as razões do acórdão, todos deveriam ser desde logo afastados, ante a simples propositura de demanda, o que seria um exagero. Indispensável, portanto, não apenas a alegação teórica da possibilidade de ameaça, mas, no mínimo, a da existência de indícios, pelo menos, de algum ato ou comportamento do réu que importem ameaça à instrução do processo”. No mesmo sentido, AgRg na Medida Cautelar nº 10.155/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24/10/05).

²⁸⁸ Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “para configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada” (REsp nº 550.135/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 8/3/04).

²⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça, AgRg na SLS nº 1.563/MG, Corte Especial, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJe 6/6/12.

²⁹⁰ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 443). BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 771.

²⁹¹ O art. 289, inc. 1, do Código de Processo Penal italiano, por exemplo, admite a suspensão, “*in tuto o in parte*”, das atividades inerentes à função pública.

²⁹² Assim, um fiscal de tributos, um policial civil ou um policial militar podem ser afastados, tão somente, do exercício das atividades externas inerentes às suas funções, para desempenharem atividades internas, de cunho burocrático. Poder-se-ia falar em suspensão da atividade-fim, preservando-se o exercício de atividades-meio, desde que não sejam incompatíveis o grau de cautelaridade exigido.

significaria dispensar-lhe tratamento de culpado, incompatível com a presunção de inocência.²⁹³

Idêntica violação à presunção de inocência se verifica na suspensão da função pública como mera consequência da instauração da ação penal, uma vez que é vedada a adoção de medidas cautelares automáticas, derivadas da mera imputação.^{294 295}

Discute-se se a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, CPP) é aplicável ou não a detentores de mandato eletivo.

O Código de Processo Penal não contém dispositivo similar ao art. 289, inc. 3, do Código de Processo Penal italiano ou ao art. 138, inc. 12, do Código de Processo Penal francês, que vedam, de forma expressa, a aplicação dessa medida a titulares de mandato eletivo, por investidura popular direta.²⁹⁶

²⁹³ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 482.006/MG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 14/12/07, ao declarar a não-recepção de lei estadual anterior à Constituição Federal, assentou que “a redução dos vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição Federal, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos”, sendo irrelevante a previsão de restituição posterior dos valores descontados, em caso de absolvição. Esse entendimento foi reafirmado, ainda que a título de *obiter dictum*, no Habeas Corpus nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 26/2/10. A própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) expressamente determina, no art. 20, parágrafo único, que o afastamento cautelar é concedido “sem prejuízo da remuneração”. Sobre presunção de inocência, vide item 3.4.

²⁹⁴ O primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão é o Habeas Corpus nº 45.232/GB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Themístocles Calvacanti, j. 21/2/68, RTJ 44/322. Nesse julgado, sem invocação da presunção de inocência, reconheceu-se a inconstitucionalidade parcial do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 que, nos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, determinava que “a prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprêgo em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”. O dispositivo em questão foi considerado “inconstitucional no que se refere ao exercício de profissões liberais e de emprego em entidade privada”, por se entender que a aplicação da medida privava o imputado dos meios de subsistência, garantia decorrente do direito à vida, que “não prescinde dos meios materiais para a sua proteção”. Quanto às demais hipóteses, entendeu-se que não havia inconstitucionalidade, uma vez que o art. 122 do Estatuto dos Funcionários Públicos da União então vigente já previa a suspensão do exercício da função pública por força de denúncia por crime funcional ou prisão preventiva, assegurando ao funcionário público, durante o período de afastamento, o pagamento de 2/3 de sua remuneração. Partiu-se da premissa de que, quanto aos funcionários públicos, o questionado art. 48 do DL nº 314/67 apenas estabeleceu uma identidade de tratamento entre crimes funcionais e crimes contra a segurança pública.

²⁹⁵ Há uma exceção constitucional em relação ao Presidente da República, que será suspenso de suas funções, nas infrações penais comuns, pelo recebimento da denúncia ou queixa pelo Supremo Tribunal Federal e, nos crimes de responsabilidade, pela instauração do processo pelo Senado Federal (art. 86, § 1º, CF).

²⁹⁶ Código de Processo Penal italiano, art. 289, inc. 3: “*Sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio (...) 3. La misura non si applica agli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare*”. Código de Processo Penal francês, art. 138, n. 12: “*Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, à l’exclusion de l’exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l’infraction a été commise dans l’exercice ou à l’occasion de l’exercice de ces activités et lorsqu’il est à redouter qu’une nouvelle infraction soit commise. Lorsque l’activité concernée est celle d’un avocat, le conseil de l’ordre, saisi par le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention, a seul le pouvoir de prononcer cette mesure à charge d’appel, dans les conditions prévues à l’article 24 de*

A questão é extremamente complexa e há que se enfrentá-la, ainda que de modo não exauriente.

Para Gustavo Badaró, a resposta é negativa. Cita, em abono a esse entendimento, decisão do Tribunal Constitucional português que reputa a suspensão cautelar de mandato eletivo incompatível com o princípio democrático.²⁹⁷

No mesmo sentido, Odone Sanguiné aduz que viola o princípio democrático suspender-se cautelarmente o exercício de mandato eletivo de um Senador ou Deputado, com base numa cognição sumária, por importar, de fato, na sua cassação, sem o devido processo legal, uma vez que a perda ou suspensão de direitos políticos exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 15, III, CF).²⁹⁸

Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, sustenta que o art. 319, VI, do Código de Processo Penal, se refere apenas à função pública não eletiva, por entender que há distinção entre “função pública” e “mandato eletivo”. A seu ver, o próprio Código Penal faz essa distinção ao dispor, no art. 92, I, sobre os efeitos específicos da condenação (“perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo”) e ao prever, no art. 47, I, a pena de interdição temporária de direitos consistente na “proibição de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo”.²⁹⁹

A nosso ver, todavia, é constitucional a suspensão cautelar de agente político, na esfera processual penal, do exercício de mandato eletivo.

Agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.³⁰⁰

Os agentes políticos, espécie do gênero agentes públicos, são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, integrantes do esquema fundamental do Poder e formadores da vontade superior do Estado.³⁰¹ Nessa condição, “exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os

la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; le conseil de l'ordre statue dans les quinze jours”.

²⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 769-770.

²⁹⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 729.

²⁹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.581-582, Vol. 3.

³⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 76.

³⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 251.

negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência”.³⁰²

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *munus público*”.³⁰³

Consideram-se agentes políticos os membros do Poder Judiciário; os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos, bem como seus respectivos vices) e seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado e Secretários de Estado e de Município); os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros).³⁰⁴

Como os agentes políticos, indistintamente, exercem funções públicas, o art. 319, VI, do Código de Processo Penal, ao prever a “suspensão do exercício de função pública”, a todos compreende.

Quanto aos membros do Poder Judiciário, até o advento do referido dispositivo legal que, a nosso ver, passou a reger a matéria, o art. 29 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional)³⁰⁵ constituía o fundamento legal específico para o afastamento de magistrados do exercício das funções.^{306 307}

³⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 252.

³⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79.

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 252.

³⁰⁶ Art. 29 da Lei Complementar nº 35/79: “Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado”.

³⁰⁷ No Superior Tribunal de Justiça, registram-se os seguintes precedentes da Corte Especial, determinando o afastamento do cargo de desembargadores investigados por crimes de corrupção ativa e passiva, notadamente pela comercialização de decisões judiciais: APn nº 626/DF, Relator o Ministro Castro Meira, DJe de 6/3/12; APn nº 644/BA, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJe de 15/2/12; Inquérito nº 569/TO, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 10/2/11; Inquérito nº 558/GO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 11/11/10; APn nº 460/RO, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJ de 25/6/07; QO na APn nº 331/PI, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 18/12/08; e APn nº 329/PB, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23/4/07.

No Supremo Tribunal Federal, merece referência o Inquérito nº 2.424/RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 26/3/10: “Magistrado. Ação penal. Denúncia. Recebimento. Infrações penais graves. Afastamento do exercício da função jurisdicional. Aplicação do art. 29 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar nº 35/79). Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Não ocorrência. Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência, o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa”. Segundo o voto condutor do acórdão, “esse afastamento não é medida destinada a acautelar o processo-crime e nem a garantir-lhe o resultado útil. Cuida-se, isto sim, de expediente preordenado à tutela do conceito público do próprio cargo ocupado pelo magistrado acusado em processo-crime, e, como tal, não viola a garantia constitucional chamada de a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII). Trata-se, ademais, de norma editada em favor do próprio acusado, sabendo-

No tocante aos integrantes do Poder Executivo,³⁰⁸ o Supremo Tribunal Federal já referendou a possibilidade de se suspender cautelarmente prefeito municipal do exercício da função pública, com fundamento no art. 319, VI, do Código de Processo Penal.³⁰⁹

Há também diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça determinando o afastamento cautelar de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado.³¹⁰

Finalmente, quanto aos membros do Poder Legislativo, se o afastamento cautelar de vereador do exercício da função, no processo penal, não tem maior controvérsia na

se do grave ônus que lhe pesa e representa o responder a processo criminal. E que tende também a dar-lhe tranquilidade, protegendo-o, no curso da ação penal, de ilações indevidas quanto à inteireza das decisões que viesse a proferir antes de ser julgado”. Não há, todavia, como se concordar com essa premissa. O juízo de conveniência, próprio da esfera administrativa, jamais pode lastrear a aplicação de medida cautelar processual penal. O pressuposto para o afastamento cautelar de magistrado na esfera criminal, notadamente ante a reforma processual encetada pela Lei nº 12.403/11, há que ser a necessidade da investigação ou da instrução criminal (v.g., para evitar que destrua provas existentes na unidade judiciária em que trabalha ou que intimide servidores a ele subordinados e que virão a ser chamados a contra ele testemunhar) ou a garantia da ordem pública (v.g., para impedir que continue a se prevalecer do exercício do cargo para a prática de crimes, vale dizer, para evitar a reiteração criminosa). Não se exclui, ainda, a possibilidade, em tese, de afastamento cautelar para garantir a aplicação da lei penal, diante de expressa previsão legal (art. 282, I, CPP), ainda que se trate de hipótese de difícil caracterização em relação a membros do Poder Judiciário. De todo modo, suspender magistrado cautelarmente de suas funções, a pretexto de resguardá-lo, equivale, guardadas as devidas proporções, a decretar a prisão preventiva de um imputado para proteger sua integridade física ou psíquica, fundamento absolutamente ilegal e inidôneo.

³⁰⁸ Em relação ao Presidente da República, há norma expressa. Nos termos do art. 86, § 1º, I e II, da Constituição Federal, o Presidente ficará suspenso de suas funções: i) nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; e ii) nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. Outrossim, se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular andamento do processo (§ 2º). Note-se, por fim, que o Presidente, na vigência do mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (§ 4º).

³⁰⁹ No *Habeas Corpus* nº 121.035/PA, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 7/6/14, impetrado em favor de prefeito afastado do cargo com fundamento no art. 319, VI, CPP, apesar de não ter conhecido da impetração por força da Súmula nº 691 daquela Corte, a Primeira Turma assentou, a título de *obiter dicta*, a legitimidade da imposição, em caráter excepcionalíssimo, dessa medida cautelar diversa da prisão, em razão do risco concreto da prática de novas infrações no exercício da função pública e de interferência na instrução. Por sua vez, no *Habeas Corpus* nº 112.344/CE, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 20/2/14, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva de prefeito, sob o fundamento de que, uma vez afastado do cargo por força de medida cautelar diversa da prisão (art. 319, VI, CPP), deixou de exercer “qualquer influência político-administrativa na municipalidade” e, assim, não mais poderia manipular provas. Nesse julgamento, portanto, o Supremo Tribunal Federal placitou a incidência dessa medida cautelar a titular de mandato eletivo.

³¹⁰ APn nº 242/AC, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 27/9/04; APn nº 266/RO, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJe de 12/9/05; APn nº 300/ES-AgRg, Relator o Ministro Teori Zavaski, DJe de 13/11/08; APn 548/MT, Relator o Ministro Francisco Falcão, DJe de 9/5/11; Inquérito nº 780/CE, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 5/3/14; APn nº 524/MT, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJe de 22/5/13; APn nº 538/MT, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJe de 18/12/13; APn nº 536/BA, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJe de 4/4/13. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esse afastamento cautelar encontra seu fundamento no art. 29 da Lei Complementar nº 35/79 (Loman), que, a seu ver, seria aplicável a Conselheiro de Tribunal de Contas por força do art. 73, § 3º, c/c art. 75, ambos da Constituição Federal.

jurisprudência,³¹¹ a questão ganha outra dimensão quanto a titulares de imunidade formal (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Distritais).

Como esses parlamentares, dotados de imunidade formal, não estão sujeitos a prisão cautelar (art. 53, § 2º, CF), poder-se-ia argumentar que, ante essa vedação constitucional absoluta, também estaria vedada a suspensão do exercício de sua função pública. Trata-se de um argumento *a majori ad minus*:³¹² se o mais é vedado, o menos também o seria.

A nosso ver, contudo, a vedação se refere, exclusivamente, à prisão cautelar, tanto que, como a seguir exposto, a prática de crimes que também constituam atos de improbidade administrativa pode conduzir à suspensão cautelar do exercício da função pública de parlamentar que goze de imunidade formal.

Nos termos do art. 15 da Constituição Federal, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará em cinco casos, dentre eles os de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos” e “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (incisos III e V).

Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal,

³¹¹ No Superior Tribunal de Justiça, confira-se o *Habeas Corpus* nº 262.103/AP, Quinta Turma, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 15/9/14. Nesse caso, imputava-se a vereador e corréus os crimes de quadrilha, peculato, corrupção passiva, fraude a licitação e lavagem de dinheiro. Destacou-se, no julgado, que “uma das características do crime organizado seria o cometimento sequenciado de infrações, umas para dar continuidade ao desiderato da organização, e outras para ocultar a atividade criminosa, de modo que a permanência dos acusados no exercício de suas funções, notadamente os ordenadores de despesas, certamente facilitaria a sua atuação no sentido de ocultar ou extirpar vestígios capazes de subsidiar possíveis condenações”. Assentou-se ainda que “os denunciados teriam formado um poderoso grupo organizado com o escopo de se apoderarem de recursos públicos por meio de pseudo-contratos celebrados com a Assembleia Legislativa do Amapá, motivo pelo qual a manutenção do seu afastamento de quaisquer funções públicas que poderiam facilitar a reiteração das condutas delituosas ou mesmo a ocultação de provas ou a intimidação de testemunhas seria medida necessária como garantia da própria atuação judicial na apuração e julgamento dos fatos. Ora, estando-se diante de prática criminosa que guarda relação direta com as funções públicas exercidas pelos pacientes, havendo o fundado receio de que a sua permanência nos respectivos cargos pode ensejar a continuidade das atividades ilícitas em apuração, bem como dificultar a produção de provas nos inúmeros processos a que respondem perante o Tribunal de Justiça do Amapá, inexistente qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição da medida em questão”. No mesmo sentido, o *Habeas Corpus* nº 258.921/RJ, Quinta Turma, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 10/9/14, onde se ressaltou que “a possibilidade de acesso a recursos públicos e sua posterior apropriação, desvio e/ou utilização indevida, teria feito com que os membros da quadrilha aprofundassem suas raízes no Poder Público, valendo-se da técnica da infiltração no aparelho estatal por meio da disputa de cargos eletivos e, uma vez consolidado o poder e ocupadas funções de destaque no cenário municipal, pela nomeação de pessoas de confiança para cargos-chave, além da utilização de cargos de livre nomeação para favorecimento de pessoas já ligadas ao grupo (...)”. Assim, dentre outros fundamentos, entendeu-se haver fundado receio de que a permanência do vereador no cargo ensejasse a continuidade das atividades ilícitas em apuração, a justificar a suspensão de sua função pública.

³¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 200-201. Como observa esse autor, “os argumentos *a majori ad minus* e *a minori ad majus*, levam a aplicar uma norma aos casos não previstos, nos quais se encontra o motivo, a razão fundamental da hipótese expressa, porém mais forte, em mais alto grau de eficácia. Compreendem-se os dois em uma denominação comum argumento *a fortiori*”.

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A finalidade desse dispositivo é assegurar a responsabilização do agente público, pela prática de atos de improbidade administrativa, tanto na esfera civil quanto penal.

Os atos de improbidade administrativa estão tipificados no art. 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), no art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e no art. 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), todos da Lei nº 8.429/92.

Se a exigência de condenação criminal transitada em julgado (art. 15, III, CF), por óbvio, exclui a possibilidade de suspensão cautelar do exercício do mandato com fundamento no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, o mesmo não ocorre em relação a atos de improbidade administrativa, quando também configurarem crimes.

Nesse sentido, há crimes contra a administração pública (peculato, corrupção passiva, concussão), contra as finanças públicas (arts. 359-A e seguintes do Código Penal), contra a Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), dentre outros, que também tipificam atos de improbidade administrativa.

Logo, quando, fundamentadamente, houver demonstração de que uma mesma conduta, além de crime, configura ato de improbidade administrativa, poderá ser determinada, na própria ação penal, a suspensão do exercício da função de titular de mandato eletivo, independentemente da propositura da ação civil de improbidade.

Se a responsabilização na esfera civil por atos de improbidade administrativa mereceu especial destaque pelo constituinte originário, não se pode ignorar que a finalidade do Direito Penal, nas palavras de Aníbal Bruno, é a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais. A seu ver, o que se manifesta no exercício da “Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social”.³¹³

O Direito Penal, conjunto de normas que associam ao delito, como pressuposto, penas ou medidas de segurança, como consequência jurídica, de acordo com Santiago Mir Puig, é um dos instrumentos de controle social mais importantes, tendente a evitar

³¹³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal* - parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 5-9, T. 1.

comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções.³¹⁴

Como lembra Jeschek, a missão do Direito Penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva.³¹⁵

Em face da relevância dos fins do Direito Penal, e determinando a Constituição Federal que o agente seja responsabilizado em ambas as esferas, não há razão para se negar, pelos mesmos fatos, a possibilidade de afastamento cautelar do agente na esfera penal, limitando-a à esfera civil (art. 20 da Lei nº 8.492/92)

Se, por um lado, o eleito tem o direito político de exercer seu mandato, por outro, o mandato parlamentar, tanto quanto o exercício de um direito fundamental, não pode constituir instrumento de salvaguarda para a prática de atos ilícitos.³¹⁶

O afastamento cautelar de parlamentar dotado de imunidade formal, portanto, pode ser objeto de sopesamento para se determinar se, no caso concreto, o grau de satisfação dos princípios colidentes (assegurar os meios ou os fins do processo penal) justifica o grau de afetação do direito constitucional ao exercício do mandato.

Se nem mesmo as garantias constitucionais da vitaliciedade e da inamovibilidade (arts. 95, I e II, e 128, § 5º, I, “a” e “b”, CF) imunizam os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público contra o seu afastamento cautelar, o mandato parlamentar, em havendo graves e fundadas razões para tanto, não pode obstar a adoção dessa mesma medida, presentes os seus requisitos.

Além de respeitar o princípio da legalidade, a suspensão do exercício do mandato, como toda tutela cautelar, tem caráter nítido instrumental e visa resguardar os meios ou o resultado do processo criminal que poderá culminar na condenação do parlamentar, razão por que também encontra fundamento de validade no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da proteção judicial efetiva).

³¹⁴ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 6ª ed. Barcelona : Editorial Repertor, 2002, pp. 47-53.

³¹⁵ JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, pp. 3-7, Volume I.

³¹⁶ No *Habeas Corpus* nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, paragrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas”.

Não se divisa, portanto, ofensa ao princípio democrático, uma vez que a suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 15, V). Evidente que, para não importar, por via oblíqua, em cassação do mandato e perda de direitos políticos, é mister grande exação no controle da provisoriedade desse afastamento cautelar.

Poder-se-ia objetar que, havendo óbice constitucional à prisão cautelar do parlamentar, a suspensão do exercício das funções poderia revelar-se inócua, na medida em que não haveria sanção eficaz – no caso, a prisão preventiva substitutiva (art. 282, § 4º, CPP) - para a hipótese de seu descumprimento.

Ocorre que, embora constitucionalmente vedada a prisão de parlamentar por descumprimento de medida cautelar, a suspensão do exercício das funções, como obrigação de não fazer, comporta execução forçada. Como consectário dessa medida, o parlamentar deverá ser impedido de adentrar a respectiva Casa Legislativa, ou dela retirado, *manu militari*, assegurando-se a eficácia do afastamento.

Nesse sentido, a suspensão do exercício do mandato poderá ser cumulada com a proibição de frequentar a Casa Legislativa para a qual eleito o parlamentar (art. 319, II, CPP), sob pena de sua ineficácia, pela influência que o imputado venha a exercer sobre outros parlamentares e/ou servidores, desde que adequada e necessária frente ao *periculum libertatis*.

Dadas as graves consequências da suspensão do exercício de mandato eletivo, devem ser fixados critérios para restringir, ao máximo, a possibilidade de imposição dessa medida cautelar.

Como já exposto, por força da interpretação sistemática do art. 15, V, da Constituição Federal, não é qualquer infração penal que permite a aplicação do art. 319, VI, do Código de Processo Penal, mas sim a prática de crime que também configure ato de improbidade administrativa.

Registre-se que, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.492/92, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, o que permite alargar o seu espectro para além dos crimes contra a administração pública.

Determinantes não de ser a gravidade do crime e o fato do agente valer-se das facilidades que o exercício do mandato proporciona para, v.g., interferir na higidez da investigação ou da instrução criminal, ou para reiterar na prática de infrações penais.

Mesmo os crimes de associação criminosa (art. 288, CP), constituição de milícia privada (art. 288-A, CP) ou de organização criminosa (Lei nº 12.850/13), desde que relacionados à prática de crimes que configurem atos de improbidade administrativa, podem autorizar o afastamento cautelar de titular de mandato eletivo.

Finalmente, a Constituição Federal prevê, no art. 53, § 3º, que, recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá sustar o andamento da ação penal.

Como desdobramento do sistema de freios e contrapesos, o Legislativo, ao sustar a ação penal, por via de consequência também sustará os efeitos da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública.

3.3. Devido processo legal

José Souto de Moura, após citar Claus Roxin - o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado -, afirma que o tratamento que a Constituição der aos direitos fundamentais no processo penal é o conformador primeiro e decisivo da respectiva disciplina na lei ordinária e um indicador claro da relação cidadão-Estado. “Portanto, através da Constituição processual penal o Estado auto-define-se como liberal ou autoritário, e revela o apreço em que tem a pessoa individualmente considerada por contraposição a interesses colectivos”.³¹⁷

Por essa razão, a uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista), e a uma Constituição democrática necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficiência do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.³¹⁸

Ilustrativa, a propósito, a observação de Luigi Ferrajoli:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que

³¹⁷ MOURA, José Souto de. A Protecção dos direitos fundamentais no processo penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coordenação). *I Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43.

³¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 7-8, vol. 1.

também algum culpado possa ficar impune.³¹⁹

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é o princípio processual matriz, ou, nas palavras de Nelson Nery Júnior, o gênero de que são espécies os demais princípios e regras constitucionais do processo (publicidade dos atos processuais, vedação da prova ilícita, juiz natural, contraditório e – acrescentamos – ampla defesa). Em tese, bastaria a sua adoção “para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”.³²⁰

Para Ada Pellegrini Grinover, cuida-se de uma garantia não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição. A efetiva e plena possibilidade de os litigantes sustentarem, suas razões, produzirem suas provas e influírem concretamente na formação do convencimento do juiz constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.³²¹

Afinal, o processo, nas palavras de Antônio Scarance Fernandes, é o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu), e nenhuma delas deve se sobrepujar às outras. “O processo é o ponto de convergência e de irradiação”.³²²

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, processo devido significa a obrigatoriedade de observância de um tipo de processo legalmente previsto, antes de alguém ser privado de seus direitos fundamentais. A qualificação de um processo como devido conduz o intérprete a duas concepções: a processual e a material ou substantiva.³²³

A teoria processual, ou do devido processo por qualificação legal, limita-se a preconizar que a pessoa tem direito a exigir que a privação de seus direitos fundamentais seja feita de conformidade com o processo especificado em lei. A questão central, aqui, é

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

³²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.77.

³²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In:_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 1-3.

³²² SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

³²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 449.

verificar se foi ou não observado o processo legalmente previsto.

Já a teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, no pressuposto de que uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo³²⁴ e adequado, de modo que o processo deva ser materialmente informado por princípios de justiça.³²⁵

Para Michele Sapignoli, em seus termos mais amplos, o *due process of law* significa que todo indivíduo tem o direito de receber um tratamento équo, segundo um processo destinado a atingir um resultado justo.³²⁶

Como observa Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, a “fórmula do ‘justo processo’, propositadamente aberta para permanentemente recordar que existe algo a ser alcançado”, expressa a ideia de proteção a direitos fundamentais e de equilíbrio simétrico ou paridade entre as partes, visando à construção de uma verdade processualmente válida, no pressuposto de que o saber dialeticamente construído é a forma mais viável para se alcançar uma decisão justa, de onde advém sua legitimidade social.³²⁷

O processo penal é o primeiro banco de prova, no dizer de Claudio Papagno, da legalidade do sistema penal, uma vez que a legalidade processual é o antecedente necessário da aplicação do direito penal.³²⁸ Logo, a ideia de “justo processo” está intrinsecamente ligada aos fins que a ele se atribuem.

Para Vittorio Grevi, objetivo institucional do processo é a verificação dos fatos e da

³²⁴ No plano internacional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, no art. 6º, ao tratar do “*right to a fair trial*”, prevê que, “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”. Por sua vez, a Constituição Italiana, em seu art. 111, determina que “*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”.

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 449-450. Segundo o autor, a teoria substantiva preconiza que o processo começa por ser justo no momento da criação legislativa, razão pela qual o legislador não pode, arbitrariamente, converter qualquer processo em processo equitativo. O problema nuclear da exigência do devido processo, portanto, não reside tanto – ou não exclusivamente – no procedimento legalmente previsto em si, mas no fato de a própria lei eventualmente ser injusta, restringindo arbitrariamente – ou seja, sem fundadas razões materiais – direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, Paolo Tonini entende que “o ‘justo processo’ refere-se a um conceito ideal de Justiça que preexiste em relação à lei e que está intimamente relacionado aos direitos invioláveis de todas as pessoas envolvidas no processo”. (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22).

³²⁶ SAPIGNOLI, Michele. Giusto processo e cultura giuridica interna. In GUARNIERI, Carlo; ZANNOTTI, Francesca. *Giusto processo?* Padova: CEDAM, 2006, pp.185-217.

³²⁷ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. Enfim, que “justo” processo desejamos? Lineamentos para uma reforma legislativa do processo penal. In *Estudos de Processo Penal* (vários autores). São Paulo: Scortecci, 2011, pp. 9-19. O autor cita ainda a interessante observação de Paolo Ferrua de que “os cidadãos devem perceber o processo como justo, tanto na condição de espectador, como, de outra maneira, quando seja a própria pessoa a ele submetida”.

³²⁸ PAPAGNO, Claudio. *L’interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 31.

responsabilidade (“*accertamento dei fatti e delle responsabilità*”), para assegurar o exercício da jurisdição penal, o que, em si, é uma finalidade neutra.³²⁹

Aduz que, embora não se possa afirmar que o processo penal persiga, como seu objetivo direto, uma finalidade de defesa social, máxime no seu âmbito interno – especialmente no que toca a medidas que se revistam de um caráter de antecipação de pena a um imputado sobre o qual milita a presunção de não culpabilidade –, é inegável que, enquanto instrumento exclusivo de atuação da lei penal, o processo acaba indiretamente, no caso de eventual sentença condenatória, por atingir essa finalidade.³³⁰

De acordo com o jurista italiano, o valor de eficiência do processo acaba por condicionar o valor da efetividade da lei penal: se os mecanismos processuais não funcionam (ou funcionam à base de um tempo excessivamente longo), a lei penal não pode encontrar aplicação (ao menos de acordo com adequados critérios de tempestividade) e, assim, não podem ser satisfeitas as exigências de defesa social. De qualquer forma, para Grevi, o valor eficiência do processo não se contrapõe ao respeito às garantias individuais. Ambos, em verdade, se complementam: não pode haver justiça sem tais garantias, porque o seu respeito é essencial para o fim de assegurar-se a regularidade e correção no exercício da função jurisdicional. Contudo, deve ficar claro que as garantias representam o modo e o meio, por si indispensáveis, mas não o fim do processo.³³¹

Assim, se, por um lado, não pode haver justiça sem garantias (*giusto processo*), por outro não há justiça quando o processo não consegue se aproximar de seu resultado natural, qual seja, uma sentença justa, fundada numa completa verificação dos fatos e de eventual responsabilidade. Em outras palavras: para Grevi, é legítima a preocupação com o *giusto processo*, com todas as suas garantias, na medida em que possa realizar um *processo giusto* (isto é, idôneo a permitir a aplicação da norma penal abstrata ao caso concreto, por meio das regras típicas da jurisdição) que, por sua vez, é pressuposto lógico de uma sentença justa.

O fim do processo somente pode ser alcançado como a síntese de um equilibrado balanceamento entre os valores das garantias individuais e os valores da eficiência dos mecanismos predispostos para garantir uma adequada cognição judiciária. Ao ver de Grevi, seria obviamente injusto um processo que, por falta de garantias, conduzisse à

³²⁹ GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 10-11.

³³⁰ *Idem*, op. cit., pp. 10-11.

³³¹ No original: “*Però dev’essere egualmente chiaro che le garanzie rappresentano il modo e il mezzo (di per sé imprescindibili), ma non il fine del processo*”. (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 41).

condenação de um inocente. Mas seria, da mesma maneira, injusto um processo que, por defeito de eficiência, conduzisse à absolvição de um culpado. E seria decisivamente patológico se tal defeito de eficiência devesse ser imputado a um abuso, ou uso distorcido, dessas garantias.³³²

Em suma, o processo é justo não apenas quando se desenvolve com respeito a todas as garantias previstas no sistema, mas também quando possa ser concluído segundo critérios de regular funcionalidade, garantindo a pronúncia de uma sentença justa.³³³

De acordo com Antônio Scarance Fernandes, há três correntes fundamentais sobre a finalidade do processo: a) impedir a punição sem prévio exercício da defesa, privilegiando-se a atuação do acusado, b) punir os autores de crimes, dando-se preponderância à atuação dos órgãos de persecução penal e de acusação ou c) assegurar um resultado justo e equilibrado, buscando atender aos interesses do acusado e dos órgãos de persecução penal.³³⁴

Não resta dúvida de que a terceira corrente, adotada por Scarance Fernandes, melhor conota um processo penal dentro de um Estado Democrático de Direito, na medida em que o “escopo metajurídico de fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores relevantes que lhe são inerentes: o de assegurar a paz social pela punição dos crimes e o de assegurar a todos os indivíduos a sua liberdade individual”.³³⁵

Como sabido, no processo penal é permanente a tensão entre autoridade e liberdade, entre os direitos fundamentais à liberdade (indivíduo) e à segurança (coletividade), que devem ser harmonizados. O desafio é conciliar os propósitos de eficiência do processo com o modelo garantista e, mais precisamente, encontrar um grau de composição entre essas vertentes, de modo que uma não exclua outra.³³⁶

Por sua vez, os elementos constitutivos de um sistema garantista, segundo Luigi Ferrajoli, são: i) o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade

³³² No original: “Sarebbe ovviamente ingiusto un processo che, per carenza di garanzie, conducesse alla condanna di un inocente. Ma sarebbe altrettanto ingiusto un processo che, per difetto di efficienza, nel senso ormai più precisato, conducesse al proscioglimento di un colpevole. E sarebbe decisamente patologico se tale difetto di efficienza dovesse essere addebitato ad un abuso (o, comunque, ad un uso distorto o strumentale) delle garanzie (...)”. (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto”* – itinerari e prospettive. Milano: Giuffrè, 2000, p. 43).

³³³ GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto”* – itinerari e prospettive. Milano: Giuffrè, 2000, p. 44.

³³⁴ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 527-542.

³³⁵ *Idem*, op.cit., p. 532.

³³⁶ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

estrita, que se traduz no caráter legal ou formal do critério de definição do desvio punível e no caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio (“*auctoritas, non veritas facit legem*”), e ii) cognitivismo processual, que assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionariedade, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que possibilitem tanto a verificação quanto a refutação (“*veritas, non auctoritas facit legem*”).³³⁷

Em decorrência do primeiro elemento constitutivo, pressuposto da pena é a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei como também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial. E, como exige o segundo elemento, as hipóteses acusatórias devem ser concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas.³³⁸

As antíteses do convencionalismo penal e do cognitivismo processual, são respectivamente, o substancialismo penal, com a previsão de figuras puníveis em termos vagos, elásticos, indeterminados e valorativos, que esvaziam a estrita legalidade, e o decisionismo processual, “efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e defesa social”.³³⁹

O decisionismo processual, prossegue Ferrajoli, se manifesta no caráter subjetivo do tema processual, “consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a ‘tipos normativos de autor’ ou sua congênita natureza

³³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 38-41. Exige-se, na dicção do citado autor, a submissão do juiz à lei, de modo que este não possa qualificar como delitos os fenômenos que considere imorais ou reprováveis, mas apenas os que, independentemente de sua valoração, venham a ser formalmente designados pela lei como tal, e que se refiram a fatos, a comportamentos demonstráveis, e não a pessoas (como normas que, d’antanho, se referiam a bruxas, hereges, subversivos, inimigos do povo, ou, em tempos atuais, vagabundos, desocupados, socialmente perigosos). Por outro lado, como frisa Alberto Silva Franco, como o legislador não tem condições de pormenorizar todas as condutas humanas suscetíveis de tipificação, recorre a estruturas típicas mais flexíveis, dotando-as de uma linguagem menos casuística, de forma a tutelar, com melhor eficiência, os bens, os valores e interesses relevantes para a sociedade. “O apelo a uma redação genérica não significa, porém, que ele possa idear figuras criminosas com emprego de expressões vagas ou ambíguas. Há que se impor limite a esse processo de generalização, sob pena de inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por consequência, a função garantidora do tipo”. (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55).

³³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 38-41.

³³⁹ *Idem*, op. cit., pp. 38-41.

criminal ou periculosidade social”, e também “no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas que de provas de fato”. Dito de outro modo, devido ao seu caráter não cognitivo, “o juízo remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios”.³⁴⁰

Diante dessa oposição razão e vontade, pode-se afirmar que “o juízo penal – como toda atividade judicial – é um ‘saber-poder’, quer dizer, uma combinação de conhecimento (“*veritas*”) e de decisão (“*auctoritas*”). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa”.³⁴¹

Esses elementos do modelo garantista avultam na seara da prisão e das medidas cautelares pessoais dela diversas.

É imperiosa a observância, parafraseando Ferrajoli, do convencionalismo processual penal, a impor estrita observância do princípio da legalidade, em se tratando de medidas cautelares pessoais, e do cognitivismo processual, a impor a verificabilidade ou refutabilidade, pela comprovação empírica, dos seus pressupostos concretos, de modo a afastar qualquer decisionismo nessa seara, amparado em critérios puramente subjetivos.

Afinal, garantismo não é antônimo de tutela jurisdicional eficiente e justa; na medida em que, como razão do direito, maximiza a liberdade e minimiza o arbítrio,³⁴² constitui verdadeiro fator de legitimação da jurisdição penal.

3.4. Presunção de inocência

Nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa norma consagra a “presunção de inocência” ou a “presunção de não culpabilidade”?

A resposta a essa indagação exige uma análise, ainda que breve e resumida, da evolução histórica do princípio.

A concepção de presunção de inocência foi positivada, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produto da Revolução

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 46-47.

³⁴¹ *Idem*, op.cit, p. 49.

³⁴² *Idem*, op.cit, p.16.

Francesa, cujo art. 9º proclamava que “todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei”.³⁴³

Até então, paralelamente ao poder do soberano de dispor arbitrariamente da liberdade de seus súditos, atribuía-se ao acusado, uma vez que sua culpa era presumida, o ônus de demonstrar a sua inocência.³⁴⁴

Também se entendiam naturais a tortura, como forma de extração da confissão, mesmo porque, a partir de um mínimo de elementos de informação, já se formava a certeza da culpa, cuja legitimação se buscava por meio da tortura, e a prisão provisória, que era decretada, via de regra, ao início da persecução, como mera antecipação de pena, vale dizer, sem finalidade processual e por prazo indeterminado.³⁴⁵

O Iluminismo, fundado nos ideais de liberdade e igualdade, rompeu com esse sistema e instaurou uma nova ordem, baseada na concepção de que todo homem se presume inocente, e como tal deve ser tratado durante o processo, até que, eventualmente, se prove a sua culpa, ao final da persecução.³⁴⁶

No final do século XIX e início do século XX, sob o influxo de fatores econômicos, sociais e políticos, notadamente as desigualdades econômicas que, aliadas a uma alta concentração demográfica nos centros urbanos, levaram ao crescimento da violência, arrefeceram-se os ideais iluministas, que haviam sido propagados pela chamada Escola Clássica, em prol de um sistema criminal mais rigoroso, no qual o processo era visto como um instrumento de defesa social, e não como meio de tutela do indivíduo em face do poder estatal.³⁴⁷

Nessa concepção, idealizada pela chamada Escola Positiva, que se lastreava nos estudos de criminologia de Cesare Lombroso e no determinismo, e na qual se destacaram

³⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 77-87. Trata-se das duas obras de referência, no direito processual penal brasileiro, a respeito do princípio da presunção de inocência, de leitura obrigatória para a sua compreensão. Por essa razão, esse tópico, fundamentalmente, nelas se baseia.

³⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

³⁴⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 41-69.

³⁴⁶ *Idem, op. cit.*, pp. 69-80.

³⁴⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 106-112. No mesmo sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 12-14).

Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, “como todo crime revelava um desvio atávico da personalidade do indivíduo, derivado de inexoráveis fatores biopsicológicos ou sociais”, a “ocorrência de um fato tido como ilícito apenas confirmava aquela provável ou potencial periculosidade (presunção de culpa) e legitimava a aplicação da punição (medida de segurança)”.³⁴⁸

Evidente que, a partir dessa concepção, não havia espaço para uma presunção de inocência, fundada na igualdade e indistintamente aplicável a todos os indivíduos, uma vez que se fundava no pressuposto de que os delinquentes, em razão de seu perfil biopsicológico ou do seu meio social, não eram iguais.³⁴⁹

Na sequência, surge a chamada Escola Técnico-Jurídica (também denominada Positivismo Jurídico ou Escola Neoclássica), que floresceu no fascismo e também se baseava na prevalência do interesse público sobre o interesse individual à liberdade.³⁵⁰

Vincenzo Manzini, expoente da Escola Técnico-Jurídica, preconizava que a finalidade do processo penal é realizar a pretensão punitiva do Estado no caso concreto, e não servir de instrumento de proteção do indivíduo, submetido à persecução penal, contra os excessos punitivos estatais. O interesse punitivo deveria sempre se sobrepor ao de liberdade.³⁵¹

Para Manzini, segundo a ordem natural das coisas, é presumível a procedência da imputação, e não o contrário, uma vez que, caso se presuma a inocência do acusado, não faria sentido processá-lo e nem submetê-lo à prisão preventiva.³⁵² Seria até mesmo uma falha proclamar a inocência do acusado, quando, em verdade, poderia não ser ele de fato inocente, mas apenas não ter sido provada sua culpa, seja por falha persecutória, seja por critério judicial quanto à insuficiência de provas para condená-lo.³⁵³

³⁴⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 108-109 e 113.

³⁴⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 113-114.

³⁵⁰ *Idem*, op. cit., pp. 117-118.

³⁵¹ *Idem*, op. cit., pp. 117-118 e 126-127. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 16-17

³⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 16-17.

³⁵³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 127-128. Como observa Luigi Ferrajoli, Manzini julgava “grosseiramente paradoxal e irracional” a fórmula da presunção de inocência, baseado “em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados

Uma vez que o processo, na sua visão, não se prestava a analisar se alguém é inocente ou não, mas apenas se é ou não culpado, o jurista italiano refutava o estado de inocência, por entender que só há dois atributos possíveis ao acusado: culpado ou não culpado. Afirmava que, se existe alguma presunção no processo penal, é a de culpabilidade do acusado, de modo que, enquanto o juiz não decidir pela culpa, o acusado será presumivelmente não culpado.³⁵⁴

Eis a gênese da justificativa para a indevida substituição da “presunção de inocência” iluminista pela “presunção de não culpabilidade”, criação do positivismo jurídico italiano,³⁵⁵ sob forte matiz ideológico autoritário.

Como bem observa Maurício Zanoide de Moraes, inocente não é sinônimo de “não culpado”, e o recurso à expressão “presunção de não culpabilidade” constitui mero eufemismo técnico para encobrir a presunção de culpa. “Não há espaço lógico-jurídico para meio termo. São dois âmbitos imiscíveis e excludentes: se há culpa não há inocência, e se há inocência não há culpa”.³⁵⁶

A presunção de inocência, portanto, não deve ser entendida no significado jurídico de presunção,³⁵⁷ vale dizer, no sentido puramente técnico de prova indireta,³⁵⁸ mas sim compreendida à luz das razões político-filosóficas que a inspiraram, como forma de proteção do indivíduo contra os abusos do poder estatal dentro de um sistema processual penal inquisitivo,³⁵⁹ no qual cumpria ao acusado provar a improcedência da acusação, sob

são na realidade culpados”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 507).

³⁵⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129. Nesse raciocínio, a presunção de inocência seria inaceitável no processo penal. Não haveria inocência, como já demonstrado, e nem se trataria de “presunção”. De acordo com Maurício Zanoide, para Manzini a presunção, tecnicamente, é um meio de prova indireta, pelo qual se extrai um dado absoluto ou relativo de uma base da experiência comum. E, como os acusados, em sua maioria, são condenados ao final do processo, se existe alguma presunção a extrair da “experiência do processo penal” é a presunção de culpa. (*Op. cit.*, pp. 133-134).

³⁵⁵ *Idem, op.cit.*, p. 129.

³⁵⁶ *Idem, op. cit.*, pp. 146-149.

³⁵⁷ Na lição de Hélio Tornaghi, presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando *id quod plerumque accidit*, isto é, aquilo que ordinariamente, em geral acontece. Baseia-se, portanto, na experiência cotidiana, na realidade, no que ocorre normalmente. Em relação ao indício, a presunção nada mais é do que a operação intelectual que liga um fato conhecido e provado a um fato probando, autorizando uma conclusão a respeito (“Tício foi encontrado, junto ao cadáver, com a arma assassina e objetos da vítima. Logo, Tício, provavelmente, é o autor do crime”). (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 282-283 e pp. 451-457, vol. 1).

³⁵⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35.

³⁵⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

pena de suportar as consequências no *non liquet*.³⁶⁰

Nesse sentido, presunção de inocência e devido processo legal são conceitos complementares,

traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo ‘justo’, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio,³⁶¹

assegurando-se, de fato, a igualdade de armas ou *par condicio*.³⁶² Ora, não pode haver um processo justo onde se parta de uma presunção de culpa, ainda que travestida de “presunção de não culpabilidade”, geradora de profundo desequilíbrio no tratamento conferido às partes.

Em suma, a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, apesar da literalidade de seu enunciado,³⁶³ consagra a presunção de inocência, expressão que melhor densifica um Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, e inc. III, CF), e não a presunção de não culpabilidade.³⁶⁴

³⁶⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.

³⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

³⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 7. Antônio Magalhães Gomes Filho, evocando o espírito do *fair trial* anglo-saxão, lembra que o processo é um duelo no qual se defrontam partes igualmente armadas, em que não pode haver qualquer privilégio para o representante do poder estatal, pois o acusado, até prova em contrário, é inocente. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47).

³⁶³ Art. 5º, LVII, CF: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sua fonte foi o art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948, segundo o qual “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”. Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 32). ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 221-222, em especial a nota de rodapé n. 135. Sobre a diferença entre enunciado e norma, vide item 3.7.3.2.

³⁶⁴ Não obstante, como registra Maurício Zanoide de Moraes, atualmente se admite, expungido o conteúdo político-ideológico fascista que inspirou a formulação doutrinária da “presunção de não culpabilidade”, tratar-se de expressão equivalente à “presunção de inocência”. De qualquer forma, essas expressões não nasceram sinônimas. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 221-225 e 245). Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a fórmula “presunção de não culpabilidade” não representa alteração do conteúdo da garantia e nem exprime um grau menor de proteção que a expressão “presunção de inocência”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 23-24). Em sentido diverso, Claudio Papagno, baseado no art. 27 da Constituição Italiana (“*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”) sustenta que a presunção de inocência representa o princípio na sua esfera ética, de matiz exclusivamente ideológico, ao passo que a “não culpabilidade” exerce sua função no terreno precipuamente exegético (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 352-353).

Como observa Luigi Ferrajoli, se a jurisdição é inafastável para obtenção da prova de que um sujeito cometeu um crime, caso essa prova não seja encontrada mediante um juízo regular, o imputado não poderá ser reputado culpado nem submetido a pena. O princípio da submissão à jurisdição, ao exigir que não haja culpa sem juízo, e que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação, “postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação”. Logo, é a culpa que deve ser demonstrada, não a inocência, e é a prova da culpa – ao invés da prova de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo.³⁶⁵

Na qualidade de princípio informador e eixo estrutural de todo o processo penal,³⁶⁶ a presunção de inocência conforma a atuação do legislador, cujas opções políticas que estiverem em desconformidade com esse princípio serão inconstitucionais, do juiz e de todos os órgãos da persecução penal.³⁶⁷

A presunção de inocência, em sentido amplo,³⁶⁸ se concretiza como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento.³⁶⁹

Como norma probatória, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 505-506.

³⁶⁶ Sobre presunção de inocência em matéria eleitoral, há dois julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144/DF, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/2/10, com longa digressão a respeito da evolução do princípio da presunção de inocência e seu “regime jurídico”, e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF, Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 29/6/12, que afirmou a constitucionalidade das novas hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, intitulada “Lei da Ficha Limpa”.

³⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 358-364. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

³⁶⁸ Segundo Maurício Zanoide de Moraes, no direito anglo-saxão (*Common Law*) a presunção de inocência tinha o caráter de “norma de juízo” e de “norma probatória”, ao passo que nos países de *Civil Law* sobressaía o seu caráter de “norma de tratamento” do imputado no curso da persecução penal. A integração dessas projeções da presunção de inocência, que se complementam, resultou na construção do conceito de “presunção de inocência em sentido amplo”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 244-245).

³⁶⁹ A doutrina, ao tratar dessa tríplice dimensão, se refere a significados, aspectos, acepções, projeções ou momentos de manifestação da presunção de inocência, e, tradicionalmente, desdobra o *princípio* da presunção de inocência em três *regras*: regra probatória, regra de juízo e regra de tratamento. Maurício Zanoide de Moraes, todavia, pondera que, adotada a teoria dos princípios e sua distinção entre princípios e regras, afigura-se mais apropriado denominar de normas esses significados ou sentidos que se extraem do texto ou enunciado da presunção de inocência. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 359, em especial nota de rodapé n. 70). GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 35-46.

inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.^{370 371}

Maurício Zanoide de Moraes inclusive alarga o significado da presunção de inocência como norma probatória, para compreender não apenas “quem deve provar” e “o que deve ser provado”, como também “por meio de que tipo de prova”, numa demonstração da relação de complementaridade entre presunção de inocência, inadmissibilidade da prova ilícita e devido processo legal.³⁷²

Como norma de juízo, anota Perfecto Andrés Ibáñez, a presunção de inocência reclama que o juiz se coloque em reflexiva situação de perplexidade para conhecer, que adote uma posição de metódica neutralidade ante a hipótese acusatória.³⁷³

Também como norma de juízo, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, em que o juiz analisa a suficiência ou aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração, para formar o seu convencimento. Esse crucial instante “(‘norma de juízo’) pode ser sintetizado em uma única ideia: suficiência. Suficiência do material probatório incriminador para se decidir de modo desfavorável ao imputado”³⁷⁴ e, assim, afastar a presunção de inocência. Por sua vez, esse juízo de suficiência apresenta graus variados, a depender do objeto da decisão (juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, prisão preventiva, julgamento de mérito etc.).

³⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 292-293. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 549. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 461-468. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 37-41.

³⁷¹ O processo penal brasileiro, durante o denominado período do “Estado Novo”, já atribuiu ao réu o ônus de provar sua inocência. O Decreto-lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937, editado por Getúlio Vargas, ao tratar dos crimes de competência do Tribunal de Segurança Nacional, previa que “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime” (art. 20, inc. 5).

³⁷² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 461.

³⁷³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 63.

³⁷⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 464 e 471-475. Para esse autor, não há consenso ou critério seguro para determinação do que seja “mínima atividade probatória” ou “atividade probatória suficiente” para se afastar a presunção de inocência, o que somente pode ser aferido no caso concreto. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 550. Sobre critérios de decisão e valoração da prova, v. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 126-141. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 298-300.

Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o *in dubio pro reo*: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais - e não apenas no julgamento do mérito da imputação³⁷⁵ -, deve favorecer o imputado.³⁷⁶

No âmbito das medidas cautelares pessoais, isso implica que, por força do *in dubio pro reo*, a existência de dúvida razoável quanto ao *fumus commissi delicti* (prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria) ou o *periculum libertatis* (situação de perigo que o estado de liberdade do imputado representa para os meios ou fins do processo) impede a sua decretação.³⁷⁷

Esconjura-se, assim, qualquer tentativa de aplicação do *in dubio pro societate* nessa seara,³⁷⁸ pois, não obstante a esfera de cognição sumária da tutela cautelar, qualquer dúvida

³⁷⁵ Sobre a inconstitucionalidade da absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP) em face da presunção de inocência, ou a incompatibilidade, com esse princípio, das consequências que dela possam ser extraídas, a pretexto de diferenciá-la de uma “absolvição plena”, v. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 407-412. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 40-41. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 371.

³⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 38-40. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 402-407 e 468-475. Nesse âmbito, que também se imbrica com a presunção de inocência enquanto *norma probatória*, inclui-se a discussão a respeito de eventual ônus da prova de excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade, em face do art. 156 do Código de Processo Penal (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”). Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró anota que o entendimento doutrinário predominante era o de que a dúvida a esse respeito era interpretada em desfavor do acusado, de modo que, provada a existência do fato e sua autoria, ele deveria ser condenado. O mesmo autor pondera que, em verdade, o acusado não tem o ônus de provar tais excludentes, mas sim interesse em demonstrar sua ocorrência. “Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, que somente deve ser utilizada no momento decisório, ante a dúvida do juiz sobre fato relevante, é evidente que o acusado tem interesse em provar que a excludente efetivamente ocorreu. Demonstrada a existência da excludente, a sentença será absolutória, não sendo sequer necessário recorrer às regras sobre o ônus da prova. Esse interesse, contudo, não se confunde com o ônus de provar. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a ocorrência da excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir dúvida sobre sua ocorrência, a consequência será a absolvição”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 294-298). Ora, não bastasse a presunção de inocência conduzir à interpretação mais benéfica ao réu (a dúvida razoável sobre a presença de uma excludente deve favorecê-lo), o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/08, sepultou a discussão, ao prever que a existência de fundada dúvida a esse respeito determina a absolvição do réu.

³⁷⁷ Para Antônio Magalhães Gomes Filho, a sumariedade ou superficialidade da cognição, característica da tutela cautelar, não pode servir de abrigo para o arbítrio ou automatismo judicial. Aduz que, se a lei se contenta com um mero juízo de probabilidade relativamente ao *fumus commissi delicti*, “o mesmo não se pode dizer do *periculum libertatis*, que deve resultar de uma avaliação mais aprofundada das circunstâncias que indiquem a necessidade da medida”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79).

³⁷⁸ A respeito do repúdio ao *in dubio pro societate*, por constituir-se numa violação à presunção de inocência e por ausência de previsão constitucional para sua aplicação, embora tratando do recebimento da denúncia e da fase de pronúncia, v. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 412-424. No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (LOPES

razoável a respeito dos apontados requisitos deve, sempre, favorecer o imputado.

A prisão preventiva e qualquer outra medida cautelar pessoal exigem um alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria, bem como a demonstração concreta da situação de perigo; a simples possibilidade, assim como meras suspeitas, ilações, suposições ou conjecturas, tanto em um quanto em outro requisito, não autorizam sua imposição.³⁷⁹

Por fim, como norma de tratamento, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a este equiparado.³⁸⁰

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.³⁸¹

JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 553-554 e pp. 1000-1002). BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 475.

³⁷⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 374-375. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 824-831. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao tratar do *fumus commissi delicti*, sustenta que, diante dos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva exige *prova* da materialidade do crime, vale dizer, certeza de que o fato existiu, de modo que não basta o mero juízo de probabilidade, relativo apenas à autoria. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 744). Todavia, considerando-se que, em face da reforma processual levada a cabo pela Lei n. 12.403/11, a prisão em flagrante vigorará por brevíssimo lapso temporal, até a análise judicial de sua legalidade e de eventual necessidade de sua conversão em prisão preventiva, não se mostra razoável exigir-se, desde logo, a certeza da materialidade. Com efeito, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto (art. 158, CPP). Numa hipótese de homicídio, v.g., em que o imputado tiver sido autuado em flagrante e houver imperiosa necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, CPP), não haverá tempo hábil para a feitura do exame necroscópico e elaboração do respectivo laudo. Nessas circunstâncias, deve-se reputar suficiente, para essa conversão, o alto grau de probabilidade da materialidade, a ser ratificado com a vinda do laudo pericial.

³⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 503. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 24-25.

³⁸¹ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 122.072/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 29/9/14, decidiu pela aplicação do princípio da presunção de inocência no procedimento de apuração de ato infracional. Por se tratar do primeiro precedente da Suprema Corte sobre a matéria, merece se transcrita a ementa desse recentíssimo julgado: “*Habeas corpus*. Ato infracional. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. Medida socioeducativa de internação. Insurgência contra sua imposição, sob o fundamento de que a sentença não indicou as razões pelas quais as medidas em meio aberto ou semiaberto não seriam adequadas à ressocialização do paciente. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Apreciação *per saltum*. Impossibilidade. Supressão de instância configurada. Precedentes. Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, “independentemente da interposição de recurso”. Inadmissibilidade. Inexistência de motivação

A presunção de inocência, aqui, imbrica-se com outros direitos individuais, uma vez que a prisão provisória ou qualquer outra medida restritiva no curso do processo, derivada meramente da imputação, desveste-se de sua indeclinável natureza cautelar, perde o seu caráter de excepcionalidade (art. 5º, LXVI, CF), traduz punição antecipada, violando o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e significa tratar o imputado como culpado.

Essa situação - prisão provisória decorrente da imputação – não ocorre apenas quando o juiz originariamente decreta a prisão preventiva, mas também quando nega a concessão de liberdade provisória, com fundamento na sua vedação, em abstrato, pelo legislador.

Como observa Alberto Silva Franco, o fato de a Constituição Federal, ao tratar da liberdade provisória, aludir à cláusula “quando a lei admitir”, não significa que autorizou o legislador ordinário a proibi-la, de forma absoluta, ou quanto a determinados crimes. “O poder que o legislador ordinário tem ao seu alcance, quer lhe seja atribuído expressa ou implicitamente, não pode englobar, em si, um poder de disposição”.³⁸²

idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil. Constrangimento ilegal manifesto. Superação, nesse ponto, do óbice processual representado pela Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento parcial da impetração. Ordem, nessa parte, concedida. (...)3. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), como norma de tratamento, veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena. 4. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflictivo. 5. A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos. 6. Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida. 7. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 106 da Lei nº 8.069/90, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, “independentemente da interposição de recurso”. 8. Nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil, a apelação interposta contra sentença que impõe medida socioeducativa de internação deve ser recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, uma vez que não importa em “decidir o processo cautelar” nem em “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, IV e VII, do Código de Processo Civil). Inadmissível, portanto, sua execução antecipada. 9. Somente a interpretação sistemática do art. 108, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 – no sentido de que, antes do trânsito em julgado, admite-se apenas internação de natureza cautelar, cuja necessidade cumpre ao juiz demonstrar - autoriza imunizar a internação cautelar contra o efeito suspensivo da apelação. 10. Ordem concedida, para determinar a desinternação do paciente, a fim de que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença que lhe impôs a medida socioeducativa de internação, salvo a superveniência de fatos que justifiquem a adoção dessa providência cautelar”.

³⁸² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 455.

A lei, portanto, pode regular a liberdade provisória, isto é, prever os requisitos para a sua concessão e os respectivos ônus a serem suportados pelo imputado, mas não suprimir, desde logo, qualquer possibilidade de apreciação judicial desse direito.

O art. 44 da Lei nº 11.343/2006 estabelece que os crimes previstos nos seus arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

Mauricio Zanoide de Moraes já havia apontado que a proibição da concessão de liberdade provisória pelo legislador, de forma absoluta e apriorística, viola a presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, por falta de justificação constitucional e desrespeito à proporcionalidade, aduzindo que o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao impor tratamento mais rigoroso para o tráfico de drogas, não veda a concessão de liberdade provisória, e que uma interpretação conforme os demais direitos e garantias fundamentais “aponta para o sentido inverso, qual seja, de que há um direito constitucional à liberdade provisória, a qual somente poderá ser restringida em casos excepcionais, jamais de forma absoluta e prévia (sem exame casuístico) como regra em nível legislativo infraconstitucional”.³⁸³

A lei ordinária, pontua Maurício Zanoide de Moraes, não pode subverter o tratamento constitucional do direito à liberdade, que é a regra, e erigir a prisão cautelar, medida excepcional, “em algo absoluto, irreversível e de impossível exame judicial casuístico”, o que lhe confere o caráter de antecipação de pena, violador do devido processo legal, e elimina o direito constitucional à liberdade provisória sem deixar qualquer margem de exame ao juiz.³⁸⁴

Na esteira desse entendimento doutrinário, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, mediante sopesamento das normas constitucionais relacionadas ao tema, sob o influxo da proporcionalidade, ou seja, “pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos”.³⁸⁵

³⁸³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 428-429.

³⁸⁴ *Idem*, *op. cit.*, pp. 430-435.

³⁸⁵ *Habeas Corpus* nº 104.339-SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/12/12. Ementa oficial: “*Habeas corpus*. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar

O Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional a vedação abstrata e apriorística da liberdade provisória, ou seja, independentemente da valoração das circunstâncias fáticas do caso concreto que pudessem justificá-la, e assim o fez por entender que, embora aparentemente amparada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, essa vedação conflita com outros princípios de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Em decisão análoga, a Suprema Corte já havia declarado inconstitucional o art. 21 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), que vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes previstos nos seus arts. 16, 17 e 18, sob o fundamento de que a Constituição Federal não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial que a decreta.³⁸⁶

3.5. Judicialidade

Nos termos do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Trata-se de matéria submetida à chamada reserva constitucional absoluta de jurisdição:³⁸⁷ somente o juiz pode decretar prisão ou medidas cautelares pessoais dela diversas.

A cláusula de reserva de jurisdição consiste em confinar, no âmbito do Judiciário, a prática de atos que importem em restrição de direitos fundamentais especialmente protegidos.³⁸⁸ Em matéria de restrição a direitos fundamentais, portanto, os juízes devem ter o monopólio não somente da última, mas também da primeira palavra.³⁸⁹

Assim, as Comissões Parlamentares de Inquérito, constitucionalmente investidas de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos

anteriormente deferida”. Disponível para consulta em www.stf.jus.br.

³⁸⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF, Plenário, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26/10/07.

³⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 586.

³⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 887.

³⁸⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 110. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 586. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 320-321.

regimentos das respectivas Casas” (art. 58, § 3º, da Constituição Federal), não tem poderes para decretar, ressalvada a hipótese de flagrância, prisão ou medida cautelar de natureza pessoal dela diversa.³⁹⁰

Registre-se que, em nosso sistema processual penal, nas hipóteses de flagrante delito, o primeiro controle de legalidade é feito pela autoridade policial que, após ouvir condutor, testemunhas e conduzido, formará seu juízo, positivo ou negativo, a respeito da ocorrência de um delito, da existência de indícios de autoria e da tipificação da situação de flagrância (art. 302, CPP). Somente se das respostas resultar *fundada a suspeita* contra o conduzido, a autoridade policial mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança (art. 304, § 1º, CPP).

Como bem anota Hélio Tornaghi,

pode-se afirmar que haverá *fundada suspeita* contra o conduzido quando os fatos apontados pelas pessoas que depuseram perante a autoridade permitem ter como *provável* que ele, conduzido, seja autor da infração. Não basta a suspeita, a suposição, a conjectura, a dúvida: é necessária a presunção fundada em fatos, em realidade.³⁹¹

Relevantíssimo, portanto, o papel desempenhado pela autoridade policial, no limiar da persecução penal, na tutela do direito fundamental de liberdade do imputado.

Se o fato for atípico, se não houver indícios de autoria ou se não restar caracterizada a situação de flagrância, deverá a autoridade policial, registrando as razões de seu convencimento, colocar o conduzido, imediatamente, em liberdade.

Há controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de se impor prisão em flagrante quando a conduta do agente estiver ao abrigo de uma excludente de antijuridicidade (estado necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito – art. 23, CP).

Hélio Tornaghi sustenta que, nessa hipótese, a autoridade policial deverá prender o

³⁹⁰ As Comissões Parlamentares de Inquérito, por estarem investidas de poderes instrutórios próprios de autoridade judicial, podem decretar, desde que o façam fundamentadamente, quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, bem como buscas e apreensões não domiciliares. Não podem, contudo, invadir o campo de matéria sujeita, constitucionalmente, a reserva absoluta de jurisdição, como a prisão cautelar (art. 5º, LXI, CF), busca domiciliar (art. 5º, XI, CF) e interceptação telefônica (art. 5º, XII, CF). Assim deixou assente o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, DJ de 12/5/2000, e do Mandado de Segurança nº 23.639/DF, DJ de 16/2/01, ambos da Relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Segurança nº 23.843, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 1º/8/03. Como consignado, ainda, pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 71.039/RJ, Pleno, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ de 6/12/96, “quem quer os fins dá os meios”, mas, dentre os poderes de investigação iminentes ao natural exercício das atribuições da Comissão Parlamentar de Inquérito, não se insere a decretação da prisão do investigado.

³⁹¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 66-67, vol. 2.

agente e somente o juiz, que será imediatamente comunicado da prisão em flagrante (5º, LXIII, CF), poderá conceder a liberdade provisória ao autuado, depois de ouvir o Ministério Público (art. 310, parágrafo único, CPP). Diz o citado autor: a lei brasileira foi, “a meu ver, prudente. Deixar ao executor da prisão a faculdade de apreciar a existência de causa de licitude é demasiadamente arriscado. Só o juiz poderá fazer esse juízo de valor e terá de agir com toda prudência”.³⁹²

Entendemos, todavia, com Frederico Marques, ser possível, com fundamento no art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal, que a autoridade policial, após a lavratura do auto, deixe de ordenar a prisão do agente, por reputar “inexistente fundada suspeita da prática de crime”, com base, justamente, na verificação de alguma das justificativas previstas no art. 23 do Código Penal.³⁹³

Se crime é fato típico e antijurídico, a presença de uma excludente de antijuridicidade, não obstante o fato continue a ser típico, exclui a existência do ilícito e, portanto, a fundada suspeita de crime (art. 304, § 1º, CPP). Seria iníquo deixar preso, ainda que pelo breve tempo necessário à apreciação judicial do flagrante, quem agiu licitamente. A coação, parafraseando Frederico Marques, se mostraria “sem fundamento razoável em face do justo objetivo”.³⁹⁴

Caso haja crime, fundada suspeita contra o autuado e situação de flagrância, colocam-se as seguintes alternativas para a autoridade policial: i) tratando-se de infração de menor potencial ofensivo e o seu autor assumir o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal, “não se imporá prisão em flagrante nem se exigirá fiança” (art. 69, parágrafo único, Lei nº 9.099/95), lavrando-se termo circunstanciado; ii) tratando-se de infração afiançável (arts. 323 e 324, CPP), cuja pena máxima não exceda a 4 (quatro) anos, a autoridade policial lavrará o auto de prisão em flagrante e, desde logo, arbitrará fiança (art. 322, CPP), e iii) nos demais casos, após lavrar o auto de prisão em flagrante, a autoridade policial mandará recolher o autuado à prisão.

A prisão em flagrante será imediatamente comunicada ao juiz, que fará novo controle de sua legalidade (art. 5º, LXII e LXV, CF). Nesse ponto, ganha relevo a imediação,³⁹⁵ o contato direto do preso em flagrante com o juiz, por intermédio da

³⁹² TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 57-58.

³⁹³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 86, em especial a nota de rodapé n. 42, Vol. IV.

³⁹⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 44, Vol. IV.

³⁹⁵ O termo “imediação”, segundo Perfecto Andrés IBÁÑEZ, é empregado para “denotar o caráter ‘imediato’, quer dizer, não mediado ou livre de interferências, que se predica como necessário na relação

“audiência de apresentação”.

É mister que o preso em flagrante seja imediatamente conduzido à presença do juiz que decidirá sobre a legalidade do flagrante e a eventual imposição de medidas cautelares, a fim de que esse contato direto lhe possibilite conhecer de forma mais aprofundada a situação de fato e as condições pessoais do imputado, e melhor avaliar qual a medida cautelar adequada e necessária ao caso concreto. Sob esse prisma, o contato pessoal do juiz com o imputado é insubstituível, do ponto de vista da formação do seu convencimento, pela mera leitura de declarações feitas em outra sede e perante outra autoridade.³⁹⁶

de todos os sujeitos processuais entre si e com a matéria da causa”. No processo penal, aduz o mesmo autor, traduz-se na relação direta do julgador com as fontes pessoais de prova. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 58).

³⁹⁶ Nesse sentido, embora tratando do contato do juiz com as fontes de prova, PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão : Giuffrè, 2009, p. 215. Perfecto Andrés IBÁÑEZ faz crítica veemente à imediação, pela qual se concebe que o conhecimento somente se torna possível pelo contato direto do juiz com as testemunhas e o imputado, permitindo-lhe extrair consequências válidas do seu depoimento, sobretudo quanto à sua credibilidade, “pelo observado nos dois planos em que o mesmo se articula, o propriamente verbal e o gestual”. O gestual seria uma fonte privilegiada de informação, somente acessível ao juiz que colheu a prova. Ocorre que, nessa concepção, o tribunal superior careceria de dados essenciais (a chave visual) para controlar a decisão do juiz inferior. Para o magistrado do Tribunal Supremo Espanhol, trata-se de apreciações intersubjetivamente não controláveis. A expressão de tique-taque ou embaraço do depoente ante uma determinada pergunta é um dado ambíguo, que não teria aptidão, por si só, para formar uma convicção racional justificável, tanto mais que o juiz não é um especialista no seu exame e nem dispõe dos antecedentes clínicos ou de outra ordem do depoente. Em verdade, o que importa é o conteúdo informativo das declarações, que devem ser ou não críveis não porque assim *pareça* ao tribunal – “em virtude da imediação”, virtude que a imediação não tem” – mas sim porque deva ou não sê-lo, a teor do confronto com outras fontes de prova. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y motivación*. In: - _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 72-74 e pp. 87-88). Em obra anterior, na qual também critica esse conceito de imediação, Perfecto Andrés IBÁÑEZ afirma que essa relação direta do juiz com as fontes pessoais de prova, que se convencionou ser um contato intransferível e personalíssimo, está associada a uma concepção irracionalista da livre convicção e deriva, historicamente, da conformação de toda uma mística judicial, em que a certeza resultante do juízo é um “estado anímico”, formado a partir da “impressão” que cada meio de prova produz no magistrado. Trata-se de algo que acontece ao juiz, em função de variáveis que ele próprio não poderia controlar e tampouco verbalizar, “enquanto dependentes de uma série de circunstâncias de percepção, experiência e até intuição, que não são expressáveis”. Conclui o magistrado espanhol que a imediação não é um método que garante, por si só, um bom conhecimento, senão um meio, de necessária utilização, sobretudo na perspectiva ideal de uma relação não apenas direta como também original (e não contaminada por outras anteriores do gênero) com as fontes pessoais de prova. “Que facilita, mas não resolve, porque a qualidade do resultado depende da qualidade do uso”, haja vista que o juízo sobre a credibilidade de um depoimento “não brota, como por arte de magia, da pura imediação, do simples contato direto do juiz com as fontes de prova”. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 58-62 e 87). Sem prejuízo da validade desses argumentos - que endossamos e reputamos inteiramente aplicáveis à audiência de apresentação do preso em flagrante - nos dias atuais, com a faculdade, amplamente disseminada, do registro audiovisual dos depoimentos de testemunhas, do ofendido e do imputado (arts. 185, §§ 2º e 8º, e 405, § 1º, CPP), o tribunal superior também terá, de certa forma, contato direto com a prova oral. De qualquer forma, tal como o juiz, o tribunal não terá base para avaliar as inúmeras razões psicológicas pelas quais o imputado, a vítima ou a testemunha, diante de uma indagação, hesitam, titubeiam, silenciam, gesticulam: por não terem compreendido a pergunta, por terem sofrido ameaças, por medo de represálias, por terem a personalidade introvertida, por se sentirem intimidados em face da figura austera do juiz ou da solenidade da audiência etc. Nada disso significa, por si só, comprometimento da credibilidade do depoimento, o que deve ser apurado, objetivamente, pelo confronto com outros

Quanto à sua denominação, preferimos “audiência de apresentação” a “audiência de custódia”. Esta última expressão possui forte carga negativa, indutora de que o objetivo da audiência seria decidir sobre a manutenção da prisão do imputado, quando o seu propósito é justamente o oposto: verificar a possibilidade de se colocar em liberdade o preso, com a eventual imposição de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que a prisão preventiva, como *ultima ratio*, somente poderá ser determinada quando não for cabível medida cautelar dela diversa (art. 282, § 6º, CPP). Daí a superioridade da expressão “audiência de apresentação”.

O juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão, se for ilegal. Caso a prisão em flagrante seja legal, o juiz poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; impor medida cautelar diversa da prisão e, em última hipótese, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, CPP). Se o agente tiver praticado o fato sob uma excludente de antijuridicidade (art. 23, CP), o juiz deverá conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único, CPP).

Evidente que se a prisão em flagrante for ilegal, cumpre ao juiz relaxá-la de imediato, independentemente da audiência de apresentação do preso, assim como lhe cumpre decidir de imediato se entender viável a concessão de liberdade provisória sem fiança. A audiência de apresentação se destina a proteger o direito de liberdade do imputado e não, por óbvio, a prejudicá-lo, o que ocorreria se a prisão fosse mantida naquelas duas situações, apenas para que se aguardasse a audiência.

Nos demais casos, cumpre realizar a audiência de apresentação, que obrigatoriamente deverá anteceder a decisão judicial, a fim de que o juiz forme o seu convencimento a partir dos elementos de convicção nela colhidos. Não faria sentido ouvir o preso após a decisão, para, tão somente, ratificá-la ou não.

Ainda que, atualmente, o juiz disponha de poderes para requisitar a vinda do preso à sua presença para deliberar sobre a prisão em flagrante (art. 656, CPP), urge que a lei torne obrigatória a audiência de apresentação, dada a relevância de sua finalidade.

Como o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz “em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão” (art. 306, § 1º, CPP) e o juiz deve decidir “ao receber o auto de prisão em flagrante” (art. 310, CPP), ideal seria que o preso fosse apresentado em juízo pela autoridade policial juntamente com o auto de prisão em

elementos de convicção. É somente assim que o juiz poderá racionalmente decidir, na audiência de apresentação, qual a medida cautelar pessoal adequada e necessária ao caso concreto.

flagrante, para a sua imediata apreciação judicial. A apresentação imediata, todavia, não parece factível, em razão da notória falta de meios e de estrutura.

Qual seria, então, o prazo máximo para realizar-se a audiência de apresentação? Nos termos do art. 322, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando a autoridade policial não puder arbitrar fiança, pelo fato de a pena máxima cominada ao crime exceder a 4 (quatro) anos, o juiz decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Como o art. 310 do Código de Processo Penal é omissivo a respeito do prazo para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão ou para a conversão do flagrante em prisão preventiva, aplica-se, por analogia, aquele prazo 48 (quarenta e oito) horas.³⁹⁷ Esse, portanto, é o prazo para a realização da audiência de apresentação. Alternativamente, se 48 (quarenta e oito) horas forem exíguas para a adoção das providências necessárias à apresentação do preso e intimação de seu defensor, por qualquer meio, da audiência, cremos ser razoável a sua realização em no máximo 5 (cinco) dias, prazo geral fixado para o juiz proferir decisão interlocutória (art. 800, II, CPP).³⁹⁸

Outrossim, a exigência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a manutenção de alguém na prisão foi maximizada com a reforma processual penal levada a cabo pela Lei nº 12.403/11, uma vez que a força coercitiva da prisão em flagrante passou a subsistir, tão somente, até sua apreciação pelo juiz.

A prisão em flagrante, portanto, não constitui mais título idôneo a justificar a manutenção de alguém no cárcere, no curso do inquérito ou da ação penal. Extinguiu-se a mera homologação judicial da prisão em flagrante, que se traduzia em decisões de seguinte ou análogo teor: “Flagrante formalmente em ordem. Aguarde-se a vinda dos autos principais”. Assentada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz, para convertê-la em prisão preventiva, deverá motivadamente indicar a razão pela qual não seria cabível a imposição de medida cautelar menos gravosa e demonstrar a presença de sua hipótese de cabimento (art. 313, CPP), do pressuposto do *fumus commissi delicti* (art. 312, parte final, CPP) e do requisito do *periculum libertatis* (art. 312, CPP).

Como pondera Maurício Zanoide de Moraes, a Lei nº 12.403/11 inverteu radicalmente o raciocínio judicial preponderante, que se cristalizou no sentido de que a

³⁹⁷ MARQUES DA SILVA, Marco Antônio; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

³⁹⁸ Muito embora dificuldades de ordem material não justifiquem protrair-se a implantação da audiência de apresentação, é preciso lembrar que, apenas na Comarca de São Paulo, Capital, cerca de 2.000 pessoas são presas em flagrante por mês. O Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e as Polícias Civil e Militar precisarão trabalhar em harmonia, para que a audiência de apresentação tenha efetividade.

prisão em flagrante configura uma situação fático-jurídica estável de restrição máxima da liberdade e que deve ser preservada, salvo se surgirem novos fatos, ainda que com a mera mudança de etiqueta de prisão em flagrante para prisão preventiva.³⁹⁹

Ainda nessa seara, importante limitação à atuação do juiz foi introduzida pelo art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal, o qual determina que, no curso da investigação, o juiz não poderá decretar, de ofício, medidas cautelares; somente poderá fazê-lo mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.⁴⁰⁰

Parafraseando Claudio Papagno, o baricentro do sistema, na fase da investigação preliminar, foi deslocado definitivamente do poder de agir de ofício do juiz para a iniciativa “da parte”.⁴⁰¹

Apenas na hipótese de descumprimento de medida anteriormente imposta, poderá o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal).

3.6. Contraditório

Na lapidar síntese de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “o contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.⁴⁰²

O contraditório se expressa no binômio “informação necessária + reação possível”, ressaltando-se que “esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal”.⁴⁰³ No processo penal, dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade, a reação não pode ser

³⁹⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 99, set. 2011.

⁴⁰⁰ A atuação do juiz na fase do art. 310 do Código de Processo Penal, notadamente quanto à imposição de medida cautelar diversa da prisão ou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva independentemente de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, é objeto do item 6.3.

⁴⁰¹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p.161.

⁴⁰² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: [s.n.], 1937, item 81, p. 110. De acordo com Cláudio Papagno, as características essenciais do contraditório são a participação, a comunicação e a contraposição dialética das partes (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 200).

⁴⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4, nota de rodapé n. 18.

meramente possível. O contraditório “há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual”.⁴⁰⁴

Embora se trate de princípio de estatura constitucional (art. 5º, LV, CF), o Código de Processo Penal não previa, até a reforma processual de 2011, o contraditório no momento da decretação da prisão cautelar.

Com o advento da Lei nº 12.403/11, o art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, agora prevê que, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

Embora esse dispositivo legal mencione “parte contrária”, “pedido” e “cópia do requerimento”, essas expressões devem ser entendidas em sentido amplo, de modo a compreender: i) não apenas o réu, como também o suspeito ou indiciado, e ii) não apenas o requerimento do Ministério Público, como também a representação da autoridade policial, mesmo porque, no curso da investigação criminal, as medidas cautelares somente podem ser decretadas mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (art. 282, § 2º, CPP)

Desta forma, em qualquer fase da persecução penal, seja na investigação preliminar, seja em juízo, se não houver risco concreto de ineficácia da medida, é obrigatória a cientificação do imputado a respeito da pretendida imposição de medida cautelar.

Ora, em se tratando de comunicação de prisão em flagrante, quando o juiz deve analisar a possibilidade de sua conversão em medida cautelar, o imputado já se encontra custodiado, razão pela qual a instauração do contraditório prévio, ainda que com urgência e brevidade – com a nomeação, se o caso, da Defensoria Pública⁴⁰⁵ ou de defensor *ad hoc* -, não representa risco algum de ineficácia da medida.⁴⁰⁶

Note-se que, na arguta observação de Ada Pellegrini Grinover, o objetivo principal da garantia do contraditório não é a defesa, no sentido negativo de mera oposição ou resistência, mas sim a influência, tomada “como direito ou possibilidade de incidir

⁴⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In:_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18.

⁴⁰⁵ Mesmo porque, nos termos do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a autoridade policial tem o dever de encaminhar, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão em flagrante, cópia integral do respectivo auto à Defensoria Pública.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 28, Vol. 2.

ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”.⁴⁰⁷

Não basta, portanto, a mera ciência, sem a possibilidade de reação, sob pena de tornar-se inócua a garantia do contraditório.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal,⁴⁰⁸ deve ser assegurado ao defensor do imputado o acesso aos autos em que se requer a aplicação da medida cautelar, o qual deverá ser prévio, se não houver risco de sua ineficácia, ou imediatamente subsequente à sua decretação, caso presente esse risco.

É imperiosa, ainda, a abertura de prazo para manifestação do imputado, assegurando-lhe não apenas a possibilidade de ser ouvido, como também, se a urgência não for manifesta, de produzir elementos de informação que se contraponham aos alegados *fumus commissi delicti e periculum libertatis* que justificariam a medida cautelar requerida.

Importante assinalar que a decisão que impõe medida cautelar deve referir-se não apenas aos elementos de informação e às provas (art. 155, CPP) que o juiz valorou positivamente para fundamentá-la, como também àquelas contrárias à sua reconstrução dos fatos. Em outras palavras, o magistrado não pode selecionar apenas as provas favoráveis ao seu juízo sobre os fatos e descartar *a priori* as demais, haja vista que a valoração negativa das provas contrárias é instrumento de controle da racionalidade do processo decisório.⁴⁰⁹

Neste particular, cumpre à autoridade policial e ao Ministério Público apresentarem ao juiz todos os elementos de informação de que dispuserem, quando da solicitação da decretação de medida cautelar, de modo a possibilitar ao imputado o exercício do direito de defesa e ao juiz a maior cognição possível, ainda que de forma sumária.

Essa questão ganha relevo em relação a investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público,⁴¹⁰ o qual, no limite, poderia instruir o seu requerimento de medida

⁴⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 19.

⁴⁰⁸ Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 41. Para o jurista italiano, essa conduta implica o “risco denominado *confirmation bias*, típico de quem, querendo confirmar sua valoração, seleciona a informação disponível escolhendo tão só a favorável e descartando *a priori* a contrária, introduzindo desta forma uma distorção sistemática em seu próprio raciocínio”.

⁴¹⁰ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dessa matéria no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 25/9/09: “RECURSO. Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público”. O julgamento, pelo Plenário, ainda não foi concluído, mas já se formou maioria favorável a esse poder de investigação. Os Ministros

cautelar somente com os elementos de convicção que abonem sua hipótese, mantendo, sob sua reserva, os que militem em sentido contrário.⁴¹¹

O Código de Processo Penal italiano, por exemplo, expressamente impõe ao Ministério Público o dever de apresentar ao juiz todos os elementos a favor do imputado e as eventuais alegações defensivas já deduzidas.⁴¹²

Ainda que o Código de Processo Penal brasileiro não contenha dispositivo similar, haveria, naquele proceder, manifesta violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, na medida em que informações relevantes seriam subtraídas à apreciação crítica da defesa e à própria formação do convencimento judicial.⁴¹³

Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski reconheceram a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal, apenas em hipóteses excepcionais e taxativas. Os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Luiz Fux também reconheceram base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, nos termos dos seus votos. Observo que, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, é pacífico o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade constitucional para realizar diretamente investigação criminal. Ver, por todos, Recurso em Habeas Corpus nº 97.926/GO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 29/9/14, e Recurso em Habeas Corpus nº 118.636/SP-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 10/9/14.

⁴¹¹ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 91.613/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15/05/2012, salientou que“(...) o pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Para tanto, é obrigatório que se emita um ato formal de instauração de procedimento administrativo penal no Ministério Público. Não é razoável que se dê menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Isso deve ser assim porque todas as regras que estão estabelecidas para o inquérito policial devem ser observadas para os processos administrativos que impliquem, no futuro, investigações de natureza penal ou ação penal propriamente dita. (...). Lembro, nesse ponto, que o inquérito policial é concebido, também, como instrumento de garantia do acusado. Não obstante a ausência do contraditório, não deixa o inquérito policial de representar um procedimento legal de mediação entre o interesse do acusado e o direito de punir do Estado. Daí, a existência de garantias mínimas ao acusado, tais como a existência de prazos, a supervisão judicial, a ciência das partes e a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado”.

⁴¹² Art. 291, inc. 1, Código de Processo Penal italiano: “*Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda (273 ss.), nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate*”.

⁴¹³ Como ressaltado no Habeas Corpus nº 89.837/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 20/11/09: “O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova ‘*ex propria auctoritate*’, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (‘*nemo tenetur se detegere*’), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o ‘Parquet’, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente

Por sua vez, apesar da ausência de previsão legal expressa, o contraditório se impõe não somente para a decretação originária de medida cautelar, como também na hipótese de descumprimento de obrigações impostas, para a sua substituição, cumulação com outra(s) medida(s) ou decretação de prisão preventiva (art. 282, § 4º, do CPP).

E não é só.

Existe previsão legal para que o juiz, de ofício: i) em qualquer fase da persecução penal, no caso de descumprimento das obrigações impostas, substitua a medida, imponha outra em cumulação, ou, em último caso, decrete a prisão preventiva (art. 282, § 4º, do CPP); e ii) instaurada a ação penal, decrete medidas cautelares (art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal).

Todavia, mesmo nesses casos de atuação de ofício, entendemos que deve incidir o princípio do contraditório.

Inexistindo risco de sua ineficácia, o juiz, ao antever a possibilidade de decretar, substituir ou cumular medidas cautelares de ofício, deverá, ainda que sucintamente, indicar essas razões em seu despacho e abrir ao imputado a oportunidade de se manifestar previamente, para, somente então, decidir a respeito.

Essa é a posição que melhor se harmoniza com o direito do imputado de receber um tratamento equo, segundo um processo destinado a atingir um resultado justo.

3.7. Motivação

Os princípios axiológicos fundamentais da submissão à jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*); acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*); do ônus da prova ou da verificação (*nulla accusatio sine probatione*) e do contraditório e da defesa (*nulla probatio sine defensione*) constituem, na lição de Luigi Ferrajoli, garantias processuais que respondem às perguntas “quando e como julgar”.⁴¹⁴

De acordo com Ferrajoli, o “quando julgar” envolve a inafastável submissão à jurisdição, a presunção de inocência, a separação entre juiz e acusador, a imparcialidade do órgão julgador, o juiz natural e a proibição de juízos de exceção. O “como julgar” envolve

prevalente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório”.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 91-92.

as garantias procedimentais: i) primárias, como o contraditório, o ônus da prova a cargo da acusação e o direito de defesa; e ii) secundárias ou de segundo grau, que, por possibilitarem o controle da observância das primeiras constituem garantias de garantias, tais como a publicidade e a motivação.⁴¹⁵

A publicidade assegura o controle externo e interno da atuação jurisdicional, uma vez que os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública, do imputado e de seu defensor. O dever de motivação das decisões judiciais exprime e garante a natureza cognitiva, e não potestativa, do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias.⁴¹⁶

Se o juízo penal, como toda atividade judicial, é um ‘saber-poder’, resultante da combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*),⁴¹⁷ a motivação constitui o fator determinante da controlabilidade das decisões judiciais: somente pelo exame da argumentação apresentada será possível constatar se o juiz valorou adequadamente as provas e aplicou racionalmente o direito, ou se o ato constitui uma escolha aleatória ou arbitrária.⁴¹⁸ A motivação, portanto, é corolário do princípio da necessária justificação lógico-racional da decisão judicial.⁴¹⁹

É a motivação que permite delimitarem-se as fronteiras entre cognitivismo e o decisionismo judicial, entre razão e arbítrio, de modo a constituir o principal parâmetro da legitimação interna (ou jurídica) e externa (ou democrática) da função judiciária.⁴²⁰

Nesse contexto, a motivação das decisões judiciais é uma garantia política e uma garantia processual.

Como garantia política, constitui fator de legitimidade democrática e instrumento de controle da função jurisdicional, na medida em que o exercício desse poder deve ser racionalmente justificado e o seu destinatário, transcendendo as partes, advogados e órgãos

⁴¹⁵ *Idem, op. cit.*, pp. 494-573.

⁴¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 573.

⁴¹⁷ *Idem, op.cit.*, p. 49.

⁴¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 74-75.

⁴¹⁹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 433.

⁴²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 574. Sobre convencionalismo penal e cognitivismo processual, como elementos constitutivos do sistema garantista proposto por Ferrajoli, e suas antíteses, o substancialismo penal e o decisionismo processual, vide item 3.3.

judiciários de instâncias diversas, é a sociedade, que também pode aferir a imparcialidade do juiz, a vinculação das suas decisões ao princípio da legalidade e a sua justiça.⁴²¹ Segundo Aulis Aarnio, “o discurso racional é a única forma de garantir o princípio da imparcialidade”.⁴²²

Como garantia processual, a motivação traduz a efetividade da cognição judicial e do contraditório, ao assegurar que as decisões constituam o resultado da efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, abrindo-lhes ainda a possibilidade de impugnar os fundamentos por ele adotados e de obter o seu reexame por instância diversa.⁴²³

Aliás, o contraditório, entendido como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo,⁴²⁴ pouco ou nada valeria se, no momento da valoração da prova, o juiz pudesse desprezar, ao motivar sua decisão, as atividades concretamente realizadas e as alegações das partes, destinadas a influir no seu convencimento.⁴²⁵

Como observa Giulio Illuminati, o direito à contraprova não é somente um direito à admissão da prova, mas também um direito à valoração da prova. Assim, cumpre ao juiz indicar, na motivação, além das provas em que se baseia sua decisão, as razões pelas quais não considera confiáveis as provas que militam em sentido contrário (exigência expressa, aliás, do art. 546, e, do Código de Processo Penal italiano).⁴²⁶

No âmbito das medidas cautelares pessoais, duplo é o fundamento constitucional da obrigatoriedade de motivação.

Além da regra geral que impõe aos juízes o dever de fundamentar todas as suas decisões (art. 93, IX, CF), regra específica determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF).

⁴²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 64-79. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74.

⁴²² AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 30.

⁴²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 80-88.

⁴²⁴ Sobre o contraditório, vide item 3.6.

⁴²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 84-85.

⁴²⁶ ILLUMINATI, Giulio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 844.

3.7.1. Motivação e valoração da prova

O dever de motivação está intrinsecamente relacionado ao regime jurídico de valoração da prova.

Registram-se, historicamente, três sistemas de valoração da prova: i) prova legal; ii) íntima convicção e iii) livre convencimento ou persuasão racional.⁴²⁷

O sistema da prova legal se baseia na prefixação dos meios aptos a provar determinado fato e na tarifação legal da suficiência da prova, vale dizer, numa hierarquia de valores probatórios legalmente estabelecida.

Como observa Michele Taruffo, esse sistema, com a predeterminação normativa da eficácia probatória, descende de uma ideologia de desconfiança em relação ao juiz e traduz uma função de garantia contra o seu arbítrio.⁴²⁸ No mesmo sentido, Massimo Nobili aduz que o método das provas legais tinha um duplo escopo: a racionalidade na verificação processual dos fatos e, ao mesmo tempo, a exclusão do arbítrio do juiz.⁴²⁹

No sistema da íntima convicção, o juiz decide segundo sua consciência, mas não está obrigado a externar as razões de seu convencimento.⁴³⁰ Logo, além da possibilidade de formar sua convicção com elementos alheios ao processo, a atividade cognoscitiva do juiz se reduz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade.⁴³¹ Segundo Manuel Atienza, esse sistema demonstra que argumentação e decisão, a rigor, não estão indissolúvelmente ligadas: é perfeitamente possível que se decida sem indicar as razões pelas quais se decide de determinada maneira.⁴³²

Finalmente, no sistema do livre convencimento⁴³³ ou da persuasão racional,

⁴²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 291.

⁴²⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 232.

⁴²⁹ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 6.

⁴³⁰ Esse sistema vigora no julgamento pelo Tribunal do Júri, em que os jurados, de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça (art. 472, CPP), votam, sem justificar sua decisão, questões incidentes (art. 497, IV, CPP) e quesitos submetidos à sua apreciação, “sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido” (arts. 482 e 483, CPP).

⁴³¹ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 7.

⁴³² ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 108.

⁴³³ Massimo Nobili observa que, etimologicamente, o termo “convencimento” alude à ideia de vencer, de superar a afirmação do adversário com a própria, aduz que ele toma concepção diversa, qual seja, a da decisão de um terceiro (juiz) após o debate instaurado entre as duas partes adversárias, segundo o rito processual. Registra, também, que a palavra “livre” pode ser usada em acepções incompatíveis entre si, segundo o objeto ao qual se refira: liberdade de um sistema legal de regras de juízo; liberdade de balizas formalísticas, ou seja, de qualquer disciplina metodológica que presida a verificação judicial; liberdade do juiz a respeito do contraditório; liberdade do dever de motivar; liberdade do juiz, em geral, em relação à

adotado pelo Código de Processo Penal,⁴³⁴ o juiz é livre para se convencer e, ao mesmo tempo, obrigado a motivar racionalmente sua decisão.⁴³⁵ A motivação, nesse sistema, é essencial para esconjurar as possíveis implicações irracionais da liberdade de convicção em sede decisória, na medida em que a delimita e impede que o juiz se subtraia à própria racionalidade.⁴³⁶

De acordo com Nobili, existem duas maneiras, absolutamente incompatíveis entre si, de se conceber o princípio do livre convencimento, tanto sob o prisma dos fins do processo quanto do método judicial probatório: i) o processo como instrumento de defesa social, que admite uma busca sem obstáculos à descoberta da verdade, com o emprego de qualquer meio que a tanto se mostrar eficiente e idôneo e, consequentemente, com a atribuição de poderes ilimitados ao juiz; e ii) a finalidade do processo não é a obtenção da verdade a qualquer custo, pois a dignidade do instrumento constitui um valor a ser perseguido, em que a estrita observância de um método legal probatório impede que a liberdade do juiz degenere em despotismo.⁴³⁷ Não resta dúvida de que esta última posição é a que melhor se ajusta ao devido processo legal.

O livre convencimento não significa, em mera contraposição ao sistema das provas legais, a atribuição de poderes ilimitados ao juiz para a verificação processual dos fatos e sua valoração.⁴³⁸ Exatamente por não existir um critério definido, matemático, que prefixe

lei. (NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, pp. 465-466).

⁴³⁴ Enquanto o art. 155 do Código de Processo Penal estabelece que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, o art. 381, III, do Código de Processo Penal determina que a sentença deverá conter “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

⁴³⁵ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, pp. 243-244. O livre convencimento, segundo Mario Chiavario, exprime um valor fundamental, coerente com o princípio da independência: o juiz, na formação de seu convencimento, não tem que se submeter a pressões de qualquer ordem. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 348).

⁴³⁶ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 431-433 e 589. Para esse autor, a motivação é o lugar de encontro final de algumas das maiores garantias individuais, como a presunção de inocência e o ônus da prova a cargo da acusação.

⁴³⁷ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, pp. 23-50 e 254-255. Claudio Papagno também adverte que o processo não pode perder sua autonomia conceitual, como método do exercício da jurisdição, para privilegiar as exigências de defesa social e de eficiência repressiva, em detrimento das garantias individuais. A interpretação judicial torna-se muito perigosa quando envereda por essa senda. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 8-9 e 34).

⁴³⁸ De acordo com Massimo Nobili, no desenvolvimento histórico da teoria da prova, a experiência jurídica permite observarem-se, com nuances variáveis, períodos de confiança e de desconfiança no sistema do livre convencimento, traduzidos na alternativa entre juiz e lei, entre momento jurisprudencial e momento normativo. Subjacentes a esse tema encontram-se a visão que se tenha dos fins processo e a concepção ideológica que se tenha da sociedade. (NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, pp. 451 e pp. 467-469).

um *standard* para valoração da prova, a racionalidade jurídica deve pautar o livre convencimento.⁴³⁹

Não se trata de arbítrio,⁴⁴⁰ mas sim de margem de atuação dentro de precisos limites normativos e factuais: livre convencimento dentro dos limites da lei, sob pena de a “legalidade legislativa” se transformar numa “legalidade judicial”. Longe de um convencimento subjetivo e arbitrário, cuida-se de um percurso racional que deve obedecer a regras e princípios legais e constitucionais.⁴⁴¹

Somente a racionalidade da decisão, a sua vinculação aos autos e o dever de motivação podem, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, compatibilizar a liberdade de convencimento do juiz com o devido processo legal e seus consectários.⁴⁴² O essencial, adverte Perfecto Andrés Ibáñez, é que o juiz somente decida de acordo com o que possa racionalmente motivar, “para evitar deslizamentos no perigoso terreno das certezas subjetivas não suficientemente contrastadas a que pode conduzir certo sentido inaceitável da imediação, fortemente arraigado na cultura judicial”.⁴⁴³

Como observa Francesco Carrara, a obrigação imposta aos juízes de motivar seus pronunciamentos

Não apenas é necessária para que os juízes chamados a rever as primeiras sentenças possam compreender em que argumentos elas se inspiraram, mas é também útil como freio às veleidades dos primeiros julgadores, ocorrendo frequentemente que os juízes, embora determinados a decidir de uma certa maneira, venham, ao consignar por escrito as razões de tal pronunciamento, a verificar, eles próprios, que aquelas não são nem boas nem firmes, afastando-se do caminho do erro.⁴⁴⁴

⁴³⁹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 421-425. Esse autor registra que nem o mais eficiente sistema processual do mundo dispõe de um mecanismo capaz de prefixar um *standard* probatório que exclua qualquer contribuição do juiz na valoração da prova.

⁴⁴⁰ Segundo Caldas Aulete, arbítrio significa “determinação arbitrária” e, “ao arbítrio de” significa “à vontade de, à mercê de”. Por sua vez, “arbitrário” significa “que depende do arbítrio, voto ou vontade de alguém; que não é determinado por lei; que não tem regras certas”. (AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 355, Vol. 1).

⁴⁴¹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 6-8, 17 e 426. Assim, “*i limiti normativi consistono in disposizioni che indirizzano o disciplinano l'interprete*”. Para Mario Chiavario, a liberdade do juiz na formação de um “convencimento pessoal de consciência” – conceito sintetizado na fórmula do “livre convencimento” – não significa ausência de obrigação de externar as razões que justificam dito convencimento, vale dizer, não exime o juiz de ancorar sua liberdade em critérios críveis de discernimento e na sua aplicação intelectualmente honesta. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, 2012, p. 428).

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106.

⁴⁴³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 57. Sobre imediação, vide item 3.5.

⁴⁴⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal, parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, pp. 503-504, nota de rodapé n. 2, Vol. 2. Manuel Atienza,

Para Grevi, se, por um lado, a obrigação de motivar representa um limite intrínseco à liberdade de convencimento do juiz, “constrangendo-o a expressar as razões da ‘racionalidade’ do itinerário mental seguido para chegar à decisão”, por outro, constitui premissa lógica imprescindível ao controle sobre a linha de formação do seu convencimento.⁴⁴⁵ Esse controle sobre a decisão pode ser exercido: i) de direito, quando nela se constatar violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, e ii) de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre o convencimento judicial e as provas.⁴⁴⁶

A justiça da decisão, segundo Michele Taruffo, não pressupõe apenas sua legalidade, isto é, a sua derivação de uma correta aplicação das normas, mas também sua veracidade, vale dizer, a comprovação processual da verdade relativa dos fatos relevantes. Nenhuma decisão baseada numa comprovação falsa ou errônea dos fatos retratados no processo pode ser considerada justa.⁴⁴⁷

Nesse sentido, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade factual, com base em critérios objetivos e, portanto, controlável pelo exame da motivação, verdadeiro antídoto contra o subjetivismo judicial, na medida em que permite controlar a objetividade e a correção das escolhas realizadas.⁴⁴⁸

Por sua vez, as regras probatórias e decisórias que orientam a atividade interpretativa do juiz buscam reduzir ao mínimo, senão eliminar, todo componente

no mesmo sentido, cita Gutrie, Rachlinski e Wystrich: “(...) a disciplina da motivação por escrito pode tornar possível que juízes bem intencionados superem suas reações intuitivas, suas primeiras impressões. O processo de escrita pode significar para o juiz um desafio para avaliar uma decisão de maneira mais cuidadosa, mais lógica, mais dedutiva”. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 146).

⁴⁴⁵ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 322. No sentido de que a motivação coloca-se como um limite frente ao sistema do livre convencimento, NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 283.

⁴⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 573-574.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, 2010, p. 28.

⁴⁴⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 121-122. Como observa Mario Chiavario, o julgar penal consiste numa operação complexa, na qual se combinam aspectos cognoscitivos e valorativos, para que o juiz forme um “saber” concreto a respeito de determinados eventos. Em um processo que se deseja “justo”, não é qualquer “saber” judicial que se mostra aceitável. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 428).

arbitrário inato a uma decisão humana.⁴⁴⁹

Em sede de prisão e outras medidas cautelares pessoais, a exigência de demonstração concreta do *fumus commissi delicti*⁴⁵⁰ e do *periculum libertatis*, assim como

⁴⁴⁹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 579-580. Dentre as regras probatórias, destaca-se, por sua natureza de direito fundamental, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No mesmo sentido, o art. 157 do Código de Processo Penal, que inclusive ordena o desentranhamento dos autos e a inutilização das provas ilícitas, “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, a fim de não interferir, subjetivamente, no convencimento do juiz. O art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, impõe limite ao livre convencimento, ao estabelecer que a prova quanto ao estado das pessoas deverá obedecer a forma determinada pela lei civil. Também constitui importante regra probatória o art. 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo delicto, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Quanto às regras decisórias, destaquem-se o art. 155 (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”) e o art. 386, VI (o juiz deverá absolver o réu quando houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena”), ambos do Código de Processo Penal. Outra regra legal decisória, expressamente prevista no art. 533 do Código de Processo Penal Italiano, é a de que o imputado somente poderá ser condenado quando houver prova nesse sentido além qualquer dúvida razoável (“*al di là di ogni ragionevole dubbio*”), raciocínio similar ao “*beyond a reasonable doubt*”. Cuida-se de uma verdadeira barreira, segundo Cláudio Papagno, à íntima convicção do juiz (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 349). Para Michele Taruffo, que o juiz tenha liberdade para usar sua própria razão na hora de valorar as provas é condição indispensável para comprovação da verdade dos fatos. Mas não se pode interpretar a “livre convicção” como “íntima convicção”, segundo a qual a valoração das provas e, portanto, a decisão sobre os fatos, seria fruto de uma persuasão interior, imperscrutável e subjetiva, que por razões desconhecidas surgiria na alma (não necessariamente na mente) do juiz. Tratar-se-ia de uma concepção irracionalista da decisão sobre os fatos. Uma concepção racionalista pressupõe que o princípio da livre convicção se interprete no sentido de que a discricionariedade na valoração das provas se exerça segundo critérios que garantam o seu controle racional. Assim, estabelecer que um fato haja sido provado não depende simplesmente da convicção íntima do juiz, mas sim da aplicação de critérios racionais, variáveis segundo o tipo de processo e de decisão. Entra aqui a questão dos *standards* probatórios, isto é, da “margem de erro”, que se considera tolerável, na comprovação dos fatos. (TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 22-23 e 34-35). Nas palavras de Perfecto Andrés Ibáñez, trata-se de evitar que, na apreciação da prova, operem mecanismos incontroláveis de empatia ou antipatia; de neutralizar as consequências de estímulos subliminares, uma vez que a convicção íntima dota de total opacidade a *ratio decidendi*. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 84 e 87). Sobre critérios de decisão e *standards* probatórios, vide BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 298-300. De se mencionar, ainda, o art. 5º, IV, da Constituição Federal: “É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a denúncia anônima obsta a instauração, desde logo, de inquérito policial, mas autoriza a deflagração de diligências preliminares para averiguar a veracidade dos fatos narrados. Nesse sentido, o HC nº 95.244/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 30/4/10; HC nº 86.082, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 22/08/08; HC nº 90.178, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 26/03/10, e HC nº 99.490, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/11. Logo, a denúncia anônima, por si só, não tem densidade jurídica para legitimar a adoção de qualquer providência invasiva de direitos fundamentais, como prisão ou medidas cautelares pessoais dela diversas, busca e apreensão, interceptação telefônica, levantamento de sigilo bancário, fiscal ou de dados etc. Somente se, naquelas diligências preliminares, forem colhidos elementos informativos que embasem a denúncia anônima, restará autorizado o início da persecução penal.

⁴⁵⁰ No caso da prisão preventiva, “indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime”, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, e, no caso, da prisão temporária, “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação” do imputado nos

os critérios legalmente fixados para sua imposição, constituem importantíssimas regras decisórias.⁴⁵¹

É suficiente, para estabelecer-se o *fumus commissi delicti*, qualquer elemento probatório idôneo a fundamentar um juízo de qualificada probabilidade a respeito da existência do crime e da autoria do delito.⁴⁵² Quanto ao *periculum libertatis*, o raciocínio judicial deve se ancorar em dados factuais, especificamente indicados, de modo a não ser meramente hipotético. Veda-se, portanto, o recurso a fórmulas de estilo, válidas para todo processo e para qualquer imputado.⁴⁵³

Neste particular, como bem aduz Tomás-Ramón Fernández, quaisquer que sejam as margens de valoração da prova, não se trata de discricionariedade em sentido estrito, entendida como liberdade para escolher uma solução entre as que norma, em princípio, admitiria. O juiz não goza de liberdade absoluta para escolher se um fato deve ou não considerar-se provado ou para arbitrariamente escolher, dentre os fatos provados, os que sejam relevantes para a decisão. Assim, não existe discricionariedade para estabelecer a premissa fática, como tampouco existe na determinação da premissa jurídica.⁴⁵⁴

Em suma, na seara das medidas cautelares pessoais não há margem para discricionariedade judicial, tema que merece aprofundamento maior.

3.7.2. Discricionariedade: fundamento e espécies

A discricionariedade judicial constitui, tão somente, parte do problema mais amplo da discricionariedade jurídica, reconhecida às demais funções do Estado (legislativa e administrativa).⁴⁵⁵

Para Tomás-Ramón Fernández, a discricionariedade comporta certa liberdade de escolher, dentre duas ou mais alternativas, em princípio juridicamente possíveis, à vista da

crimes taxativamente elencados no art. 1º da Lei nº 7.960/89.

⁴⁵¹ De acordo com Claudio Papagno, as regras legais decisórias que disciplinam o poder cautelar evidenciam a intenção do legislador de colocar rígidos limites à “discricionariedade judicial”, a fim de se evitarem possíveis distorções no seu exercício. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 503).

⁴⁵² PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 497-499.

⁴⁵³ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim: UTET Giuridica, 2008, p. 61, Vol. 2. No original: “Non sono ammissibili formule di stile, valide per ogni vicenda e per ogni imputato, che non abbiano un diretto addentellato in elementi di fatto concreti e rilevabili dal contesto specifico”.

⁴⁵⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 91-98.

⁴⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 70-75.

norma aplicável. “Sobre isto o acordo é geral, mas apenas sobre isso; todo o resto é discutível e discutido, até a própria terminologia (...)”.⁴⁵⁶

É incontroverso, contudo, o fundamento da discricionariedade.

Hans Kelsen, ao tratar da relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, explica que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma do escalão inferior ou o ato de execução a realizar.⁴⁵⁷

Essa determinação, prossegue Kelsen, nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular, sob todos os aspectos, o ato através do qual é aplicada. Tem sempre “de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.⁴⁵⁸

Para Kelsen, a indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser intencional ou não-intencional. A primeira deriva da vontade deliberada do órgão que estabeleceu a norma geral a aplicar, no “pressuposto de que a norma individual que resulta de sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas”. A indeterminação não-intencional, por sua vez, é mera “consequência da própria constituição da norma jurídica, cujo sentido, por não ser unívoco, apresenta várias significações possíveis”.⁴⁵⁹

Nesse processo paulatino de determinação, a partir da norma fundamental, ganha relevo a interpretação como ato de conhecimento e vontade, na medida em que o órgão aplicador do Direito escolhe uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 25-26.

⁴⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 364.

⁴⁵⁸ *Idem, op. cit.*, p. 364. Importante ressaltar que Kelsen, no Capítulo VIII (“A interpretação”) dessa obra, em momento algum emprega o termo discricionariedade, referindo-se, tão somente, a uma “margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação”.

⁴⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 364-365. Para Kelsen, a indeterminação pode dizer respeito ao fato (pressuposto condicionante) ou à consequência condicionada. Assim ocorre, v.g., quando uma lei de sanidade, para evitar o alastramento de uma epidemia, faculta à autoridade administrativa adotar diferentes providências, conforme as diversas doenças, ou quando a lei penal prevê, para um crime, pena pecuniária ou privativa de liberdade, “e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado pela própria lei um limite máximo e um limite mínimo”.

⁴⁶⁰ *Idem, op. cit.*, pp. 368-369.

O fundamento da discricionariedade, portanto, encontra-se no próprio ordenamento jurídico, haja vista que sempre permanece uma margem, mais ou menos ampla, de livre apreciação para a autoridade inferior.⁴⁶¹

Em suma, a indeterminação não-intencional é consequência da vagueza, da ambiguidade, da imprecisão do texto normativo; já a indeterminação intencional resulta da vontade deliberada, consciente e inequívoca do legislador de outorgar ao juiz o poder de eleger uma entre várias soluções que cabem nos marcos normativos.⁴⁶²

Como adverte Tomás-Ramón Fernández, tratar ambas como discricionariedade somente gera confusão.⁴⁶³

Em verdade, a indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito não constitui propriamente discricionariedade, mas simples margem de liberdade que resulta das imperfeições linguísticas do sistema jurídico. Neste caso, a norma não renunciou a estabelecer, ela própria, a precisa consequência jurídica do suposto de fato que contempla, ainda que sem a devida precisão e a necessária clareza. Cuida-se, aqui, de atividade de interpretação, uma vez que a indeterminação linguística não outorga ao juiz o poder de eleger a solução que bem queira⁴⁶⁴ nem o poder de atribuir qualquer significado ao texto normativo.⁴⁶⁵

O poder discricionário propriamente dito deriva das chamadas normas de fim, isto é, das normas que se limitam a impor um fim determinado aos que devam aplicá-las, abstendo-se de estabelecer, de antemão, o(s) meio(s) para alcançá-lo, ou facultando ao seu destinatário escolher o meio que reputar mais conveniente, dentre os prefixados pela norma.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 19-20. FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 35-36. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 70-72. Di Pietro também segue o raciocínio de que, a partir da Constituição, outras normas vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até o ato final de sua aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, respeitada a norma superior, a ela se acrescenta – e assim age a Administração ao praticar ato discricionário - um elemento inovador, sem o qual não teria condições de ser aplicada.

⁴⁶² FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 43 e 64. No mesmo sentido, Manuel Segura Ortega. (ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 28-37).

⁴⁶³ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, p. 42.

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 43-44.

⁴⁶⁵ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 30. Aduz o autor, forte no magistério de Patrícia Cuenca, que “a relativa indeterminação da linguagem jurídica impossibilita o estabelecimento objetivo do significado de uma disposição normativa, mas sua relativa determinação não impede que se possa afirmar que um significado não constitui um sentido admissível da mesma”.

⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, p. 57. No mesmo sentido, Manuel Segura Ortega. (ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la*

As normas de fim, também conhecidas como teleológicas,⁴⁶⁷ portanto, outorgam uma efetiva liberdade para eleger, dentre os vários possíveis, o(s) meio(s) que se reputa(m) mais apropriado(s) ou conveniente(s) para alcançar o fim que a norma impõe.

Essa é a chamada discricionariedade intencional, qualificada por Kelsen⁴⁶⁸ de “delegação”,⁴⁶⁹ que tem origem na deliberada vontade do legislador de autorizar o destinatário da norma, de modo expresse, a escolher entre diferentes instrumentos, dentro dos limites que eventualmente a norma estabelecer.⁴⁷⁰

Nesse tipo de delegação, distinguem-se duas espécies de normas de fim, conforme se indiquem ou não os meios que o seu destinatário possa utilizar. O legislador pode prescrever a consecução de um determinado fim, sem indicar os meios para alcançá-lo, deixando sua escolha ao destinatário; trata-se de uma delegação expressa que o autoriza a utilizar o meio que reputar mais conveniente para a consecução do fim previsto. Ou o legislador pode prefixar esses meios e autorizar o destinatário a escolher o que considerar mais idôneo; nesse último caso, sua liberdade é mais restrita, pois vinculada aos meios prefixados.⁴⁷¹

Manuel Atienza, após concordar que o poder discricionário propriamente dito somente se verifica na aplicação das normas de fim, aduz que seus destinatários precípuos são o legislador e o administrador, e, excepcionalmente, os juízes.⁴⁷²

Somente em áreas específicas do Direito, dentre as quais não se insere o processo penal, a lei expressamente outorga ao juiz uma efetiva liberdade para eleger o meio que reputar mais apropriado ou conveniente para alcançar o fim que a norma impõe.⁴⁷³

discrecionalidad judicial. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 52).

⁴⁶⁷ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 36.

⁴⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 364-365.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 40-41 e 65.

⁴⁷⁰ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 35.

⁴⁷¹ *Idem*, op. cit., pp. 35-37.

⁴⁷² ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, pp. 437-438. O mesmo autor observa que, embora seja excepcional a possibilidade de os juízes aplicarem, diretamente, normas de fim, sucede que, em outras ocasiões, poderão ser chamados a, indiretamente, aplicá-las, mais precisamente quando do controle da atuação discricionária de um órgão administrativo ou político.

⁴⁷³ No direito de família, colhem-se do Código Civil os seguintes exemplos: i) se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, a requerimento de parente ou do Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres (art.1.637), ii) havendo divergência entre os pais nas questões relativas aos filhos, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único), e iii) o juiz poderá escolher o mais apto para o exercício da tutela em benefício do menor (art. 1.731, II). No Código de Processo Civil, o art. 798 atribui ao juiz o poder geral de cautela para “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma

3.7.2.1. Discrecionalidade legislativa⁴⁷⁴

Ao legislador se reconhece ampla liberdade de conformação na edição de normas jurídicas, respeitados os limites formais e materiais constitucionalmente impostos, pois a Constituição é um parâmetro material intrínseco dos atos legislativos.⁴⁷⁵

Robert Alexy afirma que “aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proibem é abarcado pela discrecionalidade estrutural do legislador”, que apresenta três tipos: i) discrecionalidade para definir objetivos; ii) discrecionalidade para escolher meios, e iii) discrecionalidade para sopesar.⁴⁷⁶

A atividade legiferante, de todo modo, não apenas deve

guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.⁴⁷⁷

Os direitos fundamentais, afirma Peter Häberle, somente se convertem em realidade jurídica por meio da legislação, que em parte os limita e em parte os conforma. Os direitos fundamentais e a Constituição necessitam, em si mesmos, da legislação, que, por sua vez, a eles se subordina. Existe, assim, uma relação de condicionamento recíproco entre legislação e direitos fundamentais.⁴⁷⁸

O Parlamento, portanto, é que tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição.⁴⁷⁹

parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”, e o art. 1.109 determina que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, “podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

⁴⁷⁴ Tomás-Ramón Fernández prefere a expressão “liberdade de configuração”, por incorporar um *plus* em relação à discrecionalidade característica da Administração. (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, p. 25, nota de rodapé n. 13).

⁴⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 240.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 584-585.

⁴⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

⁴⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 195-196.

⁴⁷⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 498-499.

Por outro lado, como observa José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição, quando autoriza a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, permitindo ao legislador realizar uma tarefa de concordância prática, justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim, deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.⁴⁸⁰

Virgílio Afonso da Silva aponta que, materialmente, restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios: quando dois princípios, cujo suporte fático é amplo,⁴⁸¹ colidem, a solução dessa colisão sempre implica uma restrição a, pelo menos, um deles, expressa, geralmente, por meio de uma regra prevista na legislação infraconstitucional.⁴⁸² Assim, o legislador, ao editar regras que proíbam uma conduta que é permitida, *prima facie*, por um direito fundamental, ou que autorizem uma ação estatal que importe na restrição da proteção que um direito fundamental, *prima facie*, garante, realiza um *sopesamento* entre princípios, cujo resultado é a edição da regra restritiva.⁴⁸³

Essa regra que restringe um direito fundamental, resultado de um sopesamento de princípios, e não da mera conveniência do legislador, está sujeita ao controle jurisdicional de sua constitucionalidade, de acordo com a regra da proporcionalidade.

De todo modo, como pondera Luis Prieto Sanchís, cumpre ter prudência na aplicação da proporcionalidade, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso não

⁴⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 417-418. O constitucionalista português identifica *proibição do excesso* com a regra da proporcionalidade em sentido amplo (*Op. cit.*, p. 259). Para Gilmar Ferreira Mendes, “é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”, cuidando-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou a sua conformidade com a regra da proporcionalidade – tratada pelo autor, ressalve-se, como ‘princípio’”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 311-312 e em MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217).

⁴⁸¹ Sobre suporte fático, vide item 2.2.

⁴⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 141-143. O autor cita a regra do art. 76 da Lei n. 8.069/90 como produto do sopesamento entre dois princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente), realizado pelo legislador.

⁴⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 141-143.

significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta, o que importaria a criação de uma “lacuna de constitucionalidade”, mas sim validar opções políticas legítimas.⁴⁸⁴

No âmbito do processo penal, a presunção de inocência⁴⁸⁵ exerce papel central no sopesamento legislativo.

A presunção de inocência, de acordo com Maurício Zanoide de Moraes, constitui um princípio-cardinal, em cuja base se encontram a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e o Estado Democrático de Direito, traduzido no devido processo penal. Como um direito fundamental dotado de estrutura de princípio, a ser, portanto, cumprido na maior medida possível, a presunção de inocência produz efeitos irradiantes em todo o sistema jurídico, vinculando não só a atuação do juiz, como também as opções políticas do legislador.⁴⁸⁶

Assim, em decorrência do estado de inocência constitucionalmente assegurado ao imputado, são violadoras desse princípio, enquanto norma de tratamento, quaisquer regras que, de forma absoluta e apriorística, vedem a concessão de liberdade provisória, por subtraírem ao juiz, no caso concreto, a análise de sua proporcionalidade e justificação constitucional, constituindo verdadeira e automática antecipação de pena.⁴⁸⁷ Trata-se, indubitavelmente, de uma limitação material à liberdade de conformação do legislador, que deve abster-se de editar regras dessa natureza, sob pena de ver judicialmente reconhecida a sua inconstitucionalidade.

A presunção de inocência, como diretriz constitucional, também conforma a atuação positiva do legislador, no momento de estabelecer as medidas restritivas do direito de liberdade, “porquanto, em sua complementaridade e interdependência com outras normas constitucionais, projeta uma escolha axiológica pelo ‘favor libertatis’ (liberdade) e pelo ‘favor dignitatis’ (dignidade da pessoa humana), ambos desdobramentos do ‘favor rei’”. Logo, o legislador, para densificá-la, “tem de criar uma série de medidas anteriores e menos invasivas que a prisão cautelar; medidas proporcionalmente menos restritivas se

⁴⁸⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 288.

⁴⁸⁵ Sobre presunção de inocência, vide item 3.4 supra.

⁴⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 249-250, pp. 269-274, pp. 344-349, pp. 355-369.

⁴⁸⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.427-440.

comparadas à prisão”.⁴⁸⁸

Da mesma forma, o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe ao Estado o dever de abster-se de ingerências na esfera individual que lhe sejam contrárias, como também o de promover as condições necessárias à sua concreção. Nesse sentido, o princípio em questão vincula o legislador à edificação de uma ordem jurídica que atenda às suas exigências e permita às pessoas viver com dignidade.⁴⁸⁹

3.7.2.2. Discrecionariade administrativa

Não é tarefa fácil extremar a discrecionariade administrativa das hipóteses de simples interpretação, haja vista que em ambas, como anota Maria Sylvia Zanella di Pietro, existe um trabalho intelectualivo prévio à aplicação da lei aos casos concretos.⁴⁹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello define a discrecionariade como

a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.⁴⁹¹

Essa definição, contudo, é criticada por Eros Grau, que, confrontando-a com a de interpretação, conclui que ambas se confundem, haja vista que a interpretação

supõe a faculdade do intérprete de escolher uma, entre as várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta), precisamente porque, por força da fluidez das expressões da lei, dela não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca para cada situação.⁴⁹²

⁴⁸⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 378-381. Essas observações do autor, anteriores à Lei n. 12.403/11, foram incorporadas na reforma processual penal por ela instituída.

⁴⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 132-133.

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.119.

⁴⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 990-991.

⁴⁹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 210-213.

Logo, conclui Eros Grau, a superação da indeterminação (o preenchimento) dos “conceitos indeterminados” ocorre no campo da interpretação e não no campo da discricionariedade, que apenas resulta de uma atribuição expressa da lei à autoridade administrativa para deliberar livremente sobre a ocasião em que o ato deva ser praticado ou sobre o conteúdo deste.⁴⁹³

Para Canotilho, a outorga de um certo poder discricionário à Administração não é incompatível com o Estado de Direito. O legislador pretende que o administrador disponha de um espaço de atuação, que lhe possibilite escolhas e decisões responsáveis. Cuida-se de um poder de decisão e de escolha, que permite à Administração eleger, dentre várias medidas legítimas, a que lhe parece mais adequada. Esse poder discricionário diz respeito aos resultados jurídicos de uma norma, não aos seus pressupostos de fato.⁴⁹⁴

Nesse sentido, toda potestade discricionária se apoia em uma realidade única, pressuposto fático da norma de cuja aplicação se trata, mas a valoração da realidade, como tal, não pode ser objeto de uma faculdade discricionária. Não fica ao arbítrio da Administração discernir se um fato ocorreu ou não, e nem determinar que algo tenha ocorrido quando isso não se deu. “*El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo*”.⁴⁹⁵

É possível, ainda, que um ato ultrapasse os limites legais do exercício do poder discricionário (excesso de poder) ou que o exercício do poder não se destine aos fins visados pela lei (desvio do poder discricionário ou utilização viciada).

Num caso e noutro, o Estado de Direito impõe a sua proibição e a possibilidade de controlo dos vícios do poder discricionário. Caso contrário, o exercício deste poder transformar-se-ia com facilidade no cavalo de Troia do direito administrativo do Estado de Direito.⁴⁹⁶

⁴⁹³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 191-193 e 213-214.

⁴⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 641-642.

⁴⁹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 478-481, Tomo I.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 641-642. A afirmação de que a discricionariedade é o “cavalo de Troia dentro do Estado de Direito” é de autoria de Hans Huber, como lhe credita o mestre português. A mesma citação é invocada por Eduardo García de Enterría para salientar que a existência de potestades discricionárias constitui um desafio às exigências de justiça e gera várias interrogações: como controlar a regularidade e a objetividade das apreciações subjetivas da Administração? Como impedir que a liberdade de apreciação não degenere em arbitrariedade pura e simples? (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 463, Tomo I).

Segundo Jean Rivero, se a lei impõe a um agente público a obrigação de decidir num certo sentido, preenchidas as condições que enumera, o agente se limitará a verificar a existência dessas condições. “Desde que verifique que se encontram reunidas, o seu comportamento está-lhe inteiramente ditado (...). A competência é vinculada: a lei não deixa nenhuma margem para sua liberdade”.⁴⁹⁷

Trata-se daqueles casos em que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma “a ser implementada prefigura antecipadamente, com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista”.⁴⁹⁸

Como aponta Agustín Gordillo, a lei se substitui ao critério do órgão administrativo e predetermina, ela própria, o que convém ao interesse público.⁴⁹⁹

Noutros casos, acrescenta Jean Rivero, a lei, ao instituir uma competência, atribui à autoridade a liberdade de apreciar, em face das circunstâncias, se e como deve utilizá-la; essa liberdade de apreciação constitui o que se chama o poder discricionário da Administração, por oposição à competência vinculada.⁵⁰⁰ A lei, por não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixa certa margem de liberdade de decisão em face da situação concreta, de modo que a autoridade poderá optar por uma, dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante do direito, baseada em critérios de mérito - oportunidade, conveniência, justiça, igualdade -, porque não definidos pelo legislador.⁵⁰¹

Assim, dada a multiplicidade de situações fáticas passíveis de ocorrerem, caberá ao administrador preencher, com seu juízo subjetivo, o campo de indeterminação da norma a ser implementada, a fim de satisfazer concretamente sua finalidade, em consideração à fisionomia própria de cada uma delas.⁵⁰²

Pondera Jean Rivero que a atividade da Administração não pode conformar-se com uma generalização da competência vinculada, uma vez que lhe é indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pode prever.

⁴⁹⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 93-96.

⁴⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 979.

⁴⁹⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* - parte general. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. X-10, tomo 1.

⁵⁰⁰ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 93-96.

⁵⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 66-67.

⁵⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 980.

“Inversamente, uma Administração amplamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer segurança; seria voltada ao arbítrio. Donde a necessidade de uma dosagem entre as duas”.⁵⁰³

Com efeito, se a lei, invariavelmente, regulasse de forma vinculada a atuação do administrador, padronizaria sempre a solução, mesmo perante situações insuscetíveis de prévia catalogação, que demandam tratamento diferenciado. “Donde em muitos casos uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis”.⁵⁰⁴

Exatamente por esse motivo, a discricionariedade só existe nas hipóteses em que, legalmente, perante o caso concreto, mais de uma solução for razoavelmente admissível sobre a medida que melhor atenda aos objetivos da lei.⁵⁰⁵

Em suma, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.⁵⁰⁶

3.7.2.3. Conceitos jurídicos indeterminados

A fim de extremar o campo da discricionariedade da mera interpretação da lei, é imperiosa uma incursão na seara dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.⁵⁰⁷

⁵⁰³ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 93-96.

⁵⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 980.

⁵⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 207. O autor cita, como exemplo clássico de poder discricionário, a escolha e nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, após aprovação do nome pelo Senado Federal (arts. 84, XIV, e 101, parágrafo único, CF): “entre quaisquer pessoas que tenham mais de 35 e menos de 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada, guardados esses requisitos, o Presidente da República poderá escolher o jurista que entender; a escolha de qualquer deles, no quadro daqueles requisitos, será juridicamente indiferente”.

⁵⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 982.

⁵⁰⁷ Eros Roberto Grau critica, enfaticamente, o uso dessa expressão, por não admitir a existência de conceitos jurídicos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos. Para ele, a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos), razão pela qual seria mais adequado referir-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados. “Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”. “Repito: todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado”. “Assim, a reiteradamente referida indeterminação dos conceitos não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 196-197).

De acordo com Eros Roberto Grau, são tidos como “indeterminados” os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos, e que precisam ser completados por seu aplicador. São conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade, e os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - nela devem ser buscados.⁵⁰⁸ Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer dizer que não tenham elas significação determinável.⁵⁰⁹

Eduardo García de Enterría bem aborda esse tema. Apesar de extensa, é indispensável a transcrição de seu exauriente e lúcido raciocínio,⁵¹⁰ pois servirá de substrato para a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados que conformam o *periculum libertatis*, fundamento das medidas cautelares pessoais no processo penal.

Aduz o ilustre professor espanhol que, por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados.

Os conceitos jurídicos determinados, técnica de normação comum a todas as esferas do Direito, delimitam, de maneira precisa e inequívoca, a parcela da realidade à qual se referem: a maioria se adquire aos dezoito anos, a aposentadoria compulsória do servidor será declarada aos setenta anos de idade. O número de anos está perfeitamente delimitado e a aplicação desses conceitos aos casos concretos se limita à pura constatação, sem que se suscite (uma vez precisado pela lei o modo de cômputo e feita a prova correspondente) qualquer dúvida quanto ao âmbito material a que se referem.

Diversamente, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei se refere a uma parcela da realidade cujos limites não estão bem precisados em seu enunciado, não obstante seja clara a intenção de delimitar um suposto concreto: falta de probidade, boa-fé, incapacidade permanente para o exercício de suas funções. A lei não determina, com exatidão, os limites desses conceitos porque eles não admitem quantificação ou

⁵⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 200. Para Eduardo García de Enterría, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado, é identificável um núcleo fixo ou zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza, ou ‘halo do conceito’, mais ou menos precisa, e, finalmente, uma zona de “certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito. E exemplifica: a zona de certeza do justo preço de uma casa pode situar-se em dez milhões de *pesetas*, preço absolutamente mínimo segundo as estimativas comuns; a zona de imprecisão pode entrar em dez e quinze, e a zona de certeza negativa acima de quinze. Igualmente, para o conceito de “transtorno da ordem pública”: o núcleo é claro, o halo pode ser mais esfumado, a zona de certeza negativa é a ordem mesma, ou com mínimas ou relevantes alterações. Suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de precisar a solução justa se concreta na zona de imprecisão ou “halo” conceitual, mas tal dificuldade desaparece nas zonas de certeza, positiva ou negativa. (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 468, Tomo I)

⁵⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 219.

⁵¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 465-470, Tomo I.

determinação rigorosas, mas é manifesto que se referem a um suposto da realidade que, apesar da indeterminação do conceito, admite ser precisado no momento da aplicação.

Segundo García de Enterría, a lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício das funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque essas realidades não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Ao se referir a supostos concretos, e não a vaguedades imprecisas ou contraditórias, resta claro, na autorizada lição do catedrático da Universidade Complutense de Madri, que a aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não se a tem; ou o preço é justo ou não o é; ou se faltou com a probidade ou não. *Tertium non datur*.

Eis o essencial do “conceito jurídico indeterminado”: a indeterminação do enunciado não se traduz em indeterminação de aplicação, que só permite uma “unidade de solução justa”⁵¹¹ em cada caso, à qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetivável, e não por um ato de volição.

Essa “unidade de solução justa”, ressalva o administrativista espanhol, não significa que haja uma só e única conduta capaz de merecer, dentre todas as possíveis, a qualificação que o conceito aponta. Significa apenas que, num dado caso, a conduta objeto de julgamento ou é de boa-fé ou não é, o que remete a uma “apreciação por juízos disjuntivos”, já que não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo.

Eduardo García de Enterría sustenta que, diversamente do conceito jurídico indeterminado, cuja aplicação permite uma única solução justa, o exercício de uma potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas - ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas da perspectiva do Direito.

A discricionariedade administrativa é uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e enviados ao juízo subjetivo da Administração.

Já a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados constitui um caso de aplicação

⁵¹¹ Eros Roberto Grau discorda, nessa parte, de Enterría: “A interpretação supõe a faculdade do intérprete de escolher uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada, precisamente porque, por força da fluidez das expressões da lei, dela não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca para cada situação. Sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem conceitos indeterminados, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta); a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível, ‘*in concreto*’ incognoscível”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 213).

da lei, haja vista que se trata de subsumir, numa categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de estreitar um suposto concreto), circunstâncias reais determinadas. Trata-se de um processo regrado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, no qual não existe interferência da vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita uma potestade discricionária.

As consequências desse contraste são capitais.

Como a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar essa aplicação, valorando se a solução a que se chegou é legalmente admitida, o que já não lhe é permitido fazer quanto a uma decisão discricionária, uma vez que, tenha esta o sentido que tiver, foi produzida dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa.

Constata-se, portanto, que grande parte dos supostos tradicionalmente tidos por atribuições de potestades discricionárias pelas leis não constituem senão o enunciado de simples conceitos jurídicos indeterminados, e justamente em tais casos a discricionariedade está excluída. Assim, finaliza García de Enterría, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, incluindo necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão apenas uma solução em cada caso, a que, concretamente, resulte dessa “apreciação por juízos disjuntivos” das circunstâncias concorrentes.⁵¹²

Em face da doutrina de Eduardo García de Enterría, Eros Grau corretamente assevera que, no exercício da discricionariedade, o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos; já, na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade (interpretação do direito). Logo, não se pode incidir no erro de superpor e identificar atividade discricionária com atividade de interpretação do direito.⁵¹³

3.7.2.4. Interesse público e discricionariedade

O “interesse público” constitui um limite à atividade discricionária da Administração, pois a autoridade administrativa deverá demonstrar que a escolha feita,

⁵¹² ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 465-468, Tomo I.

⁵¹³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 204-205.

dentro da sua liberdade de opção, atende ao interesse público.⁵¹⁴

O interesse público não se identifica, sempre, com o interesse da Administração, mas sim com um interesse despersonalizado e comum de uma coletividade de pessoas - o que, obviamente, não significa o interesse da totalidade dos cidadãos, algo de difícil, senão impossível, realização.⁵¹⁵

No regime jurídico-administrativo, vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que se traduz na outorga de privilégios à Administração, a qual se encontra numa situação de autoridade, de comando, face os particulares, a fim de zelar pelos interesses da coletividade.⁵¹⁶

No âmbito do processo penal, a primazia absoluta do interesse público sobre o particular é típica de modelos autoritários, que buscam, em prol da eficiência do processo, comprimir ou anular direitos e garantias fundamentais do imputado, por identificar, nesse suposto interesse público, uma finalidade repressiva de defesa social e de realização da pretensão punitiva do Estado a qualquer custo, e não a observância de um processo justo.⁵¹⁷

O processo penal, como observa Maurício Zanoide de Moraes, constitui meio para obtenção da certeza estatal quanto à necessidade de eventualmente se aplicar, ou não, uma pena em consequência de um ilícito penal praticado. A aplicação da pena é uma eventualidade de cada caso e não a razão de ser do processo, cuja eficiência deve ser dirigida à reconstrução fática, e não à rápida punição do imputado,⁵¹⁸ ao custo do sacrifício de seus direitos fundamentais.

A estrita observância dos direitos fundamentais do imputado, num Estado Democrático de Direito, visando à obtenção da tutela jurisdicional justa, transcende a esfera individual para se configurar, também, “um interesse e um valor coletivos”. Logo, “incide em erro palmar quem estabelece um paralelo entre o interesse pela condenação

⁵¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 230-231.

⁵¹⁵ *Idem*, op. cit., pp. 222-224.

⁵¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71.

⁵¹⁷ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08, advertiu que a proporcionalidade não pode ser transformada em “gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”. Como observado no voto condutor do acórdão, “primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, a ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo - não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente - não tem lugar em matéria penal e processual penal”. Disponível em <www.stf.jus.br>.

⁵¹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 235-236.

como um interesse público e o interesse pela absolvição como um interesse privado ou individual”.⁵¹⁹

Neste particular, como pondera Peter Häberle, na medida em que os direitos fundamentais não são garantidos apenas em favor do indivíduo, mas também cumprem uma função social, o seu exercício se caracteriza por um entrecruzamento de interesses públicos e individuais. “A tutela da vida, da liberdade e da propriedade, no Estado social de Direito, é uma exigência legítima tanto do indivíduo como da comunidade”, razão por que, constituindo os direitos fundamentais um amálgama de interesses públicos e privados, sua lesão sempre afeta o interesse público.⁵²⁰

A questão do interesse público pode ter graves reflexos na seara da prisão cautelar.

Maurício Zanoide de Moraes aponta o grave erro de se considerar que o interesse público estaria presente na prisão preventiva por razões materiais (v.g., para garantia da ordem pública, em decorrência da gravidade do crime, do clamor público ou para resguardar a credibilidade da justiça) e deveria sempre preponderar sobre a presunção de inocência, no falso pressuposto de que este último princípio atenderia a um interesse meramente individual. Adotada essa premissa, não haveria qualquer possibilidade de ponderação, pois, decidindo-se de antemão que o público, naquelas circunstâncias, sempre prevaleceria sobre o particular, nenhuma condição fática ou jurídica poderia inverter a relação de precedência, *a priori* estabelecida. Em outras palavras, nessa equivocada linha de raciocínio, “como o público ‘sempre’ precede (prevalece) sobre o privado, a relação de proporcionalidade já está decidida *a priori* e sem qualquer possibilidade de ponderação casuística”.⁵²¹

Por esse motivo, é mister colocarem-se travas ao exercício da atividade jurisdicional, delimitando-a e controlando-a, a fim de se impedir que, a pretexto de resguardar indiscriminadamente o interesse público, solape direitos fundamentais do imputado e degenere em arbitrariedade.

3.7.3. Discrecionariade judicial

⁵¹⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 235-238.

⁵²⁰ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 23-25.

⁵²¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 388-389.

3.7.3.1. A interpretação como ato de conhecimento e de vontade. A questão da única resposta correta

Richard A. Posner, juiz federal nos Estados Unidos, após constatar que muito se permite aos juízes, observa que a questão é quanto se lhes permite agir e como fazem uso dessa liberdade⁵²² – ou, mais precisamente, do seu poder-dever.

Para Gustavo Zagrebelsky, a “explosão” subjetivista da interpretação radica no caráter pluralista da sociedade atual, pois, à falta de um único e seguro “horizonte de expectativa” quanto ao resultado das operações de interpretação, os caminhos da jurisprudência terminam por bifurcarem-se.⁵²³

O ponto nevrálgico consiste em delimitar o espaço de atuação dos juízes e instituir mecanismos de controle do processo decisório e sua resultante, a decisão propriamente dita.

Ronald Dworkin idealizou a figura do juiz Hércules, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”,⁵²⁴ que, ao dispor de todas as

⁵²² POSNER, Richard. A. *Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11.

⁵²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 145-146. Esse autor aduz que nem mesmo a interpretação literal, consistente em atribuir à norma o significado que resulta das palavras empregadas pelo legislador no texto, conseguiria impedir a fragmentação da jurisprudência. “Quando existem distintos contextos de sentido e de valor, nem sequer a letra da lei é uma garantia de certeza. A argumentação ‘literal’ de Porcia contra a pretensão de Shylock (Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, IV, I) é uma demonstração clássica disso”. Zagrebelsky se refere à célebre peça do dramaturgo inglês, em que a personagem Antônio, o mercador de Veneza a que alude o título da obra, contrai um empréstimo de três mil ducados com o judeu Shylock, prevendo-se no contrato, para a hipótese de descumprimento, a obrigação de entregar “uma libra justa” da própria carne, a ser cortada da parte de seu corpo que ao credor aprover. Como Antônio se torna inadimplente, pois seus navios soçobraram, o agiota exige, no tribunal de Veneza, o cumprimento da cláusula penal. A Corte reconhece a Shylock o direito de cortar uma libra exata de carne do peito de Antônio, nem um grama a mais ou a menos, vedando-lhe, ainda, verter uma única gota de sangue, por não haver previsão contratual para tanto. Frustrada a execução do contrato, Shylock abandona a causa. Na sequência, é declarado culpado de tentativa de homicídio contra um cidadão veneziano, tem seus bens confiscados e é condenado a converter-se ao cristianismo. (SHAKESPEARE, William. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995, pp. 437-497, Vol. II). Rudolf von Ihering criticou acerbamente a decisão do tribunal, manifestando sua convicção a respeito da injustiça cometida contra Shylock. O judeu faz as seguintes afirmações em juízo: “A libra de carne, que dele exijo, foi comprada caro; é minha e eu a terei; Se ma negardes, envergonhe-se a vossa lei! O direito de Veneza está sem força... Eu invoco a lei... A meu lado está o título que exibo”. O tribunal, na visão de Ihering, poderia declarar o título válido ou inválido. Reconhecendo, com base nas leis de Veneza, a validade do contrato, não poderia o próprio juiz, que solenemente havia proclamado o direito de Shylock, frustrar a sua execução “com uma artimanha tão desprezível e tão vil que não merece sequer uma contestação séria. Por acaso existiria carne sem sangue? Ao reconhecer a Shylock o direito de cortar do corpo de Antônio uma libra de carne, o juiz reconheceu-lhe também o direito ao sangue, sem o qual a carne não pode existir, e quem tiver o direito de cortar uma libra de carne pode, se quiser, tirar menos”. (IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 22-24 e pp. 89-90).

⁵²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

informações, da máxima competência profissional e de tempo ilimitado, sempre encontraria a (e não apenas uma) resposta correta – *the one right answer* - para um determinado problema jurídico, dentre as diversas possibilidades contidas no marco da norma aplicável.⁵²⁵

Essa criação de Dworkin é uma ficção irrealizável, pois, além de não haver juízes que detenham tais predicados e possam dispendar tempo ilimitado na resolução de um problema jurídico, em Direito não existe uma única resposta correta.⁵²⁶

Para Hans Kelsen, a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, na essência, idêntica à de quem se propõe, a partir da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas). “Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, também não podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”.⁵²⁷

Em sua conhecida metáfora, Kelsen afirma que o Direito a aplicar forma uma moldura - figura de linguagem similar é empregada por Dworkin, ao se referir ao espaço vazio no centro de uma rosca, que corresponderia a uma faixa de restrições ou limite de atuação do intérprete⁵²⁸ -, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.⁵²⁹

Assim, a interpretação do juiz - único intérprete autêntico, pois sua interpretação cria direito, mais precisamente, a norma jurídica concreta⁵³⁰ - é um ato de conhecimento e

⁵²⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 36-38.

⁵²⁶ Aulis Aarnio, partindo das premissas de Dworkin, inclusive indaga se dois juízes Hércules seriam também capazes de resolver, de forma objetiva, autênticos problemas axiológicos. Mais: para saber se a ponderação levada a cabo pelo juiz Hércules é a melhor, a mais coerente, seria necessário pressupor um meta-nível, vale dizer, um super-Hércules, e assim até o infinito. (AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 16).

⁵²⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 368. Para Juarez Freitas, a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356).

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 50-51. Tomás-Ramón Fernández afirma que o aro da rosca, citado por Dworkin, constitui um perímetro normativo que determina o âmbito e os limites da atuação do juiz, ou seja, a liberdade de escolha dos meios em que consiste a sua discricionariedade. Esta última, fruto das normas de fim, não é e jamais pode ser absoluta, pois o fim por elas proposto condiciona e limita *per si* a liberdade de eleição dos meios que outorgam, ainda que o texto literal da norma habilitante aparente, *prima facie*, conceder uma liberdade total ao omitir toda referência aos meios ou deixe de oferecer critérios para sua escolha concreta. (FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 60-61).

⁵²⁹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

⁵³⁰ Como observa Eros Roberto Grau, a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. “Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a

também de vontade, pois

a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.⁵³¹

Para Kelsen, a interpretação, isto é, a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar, como ato de vontade, decorre da inexistência de método jurídico capaz de destacar uma, dentre as várias significações verbais de uma norma, como “correta”, desde que, naturalmente, se trate de significações possíveis.⁵³² Logo, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.⁵³³

norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas”. Acrescenta que, embora todos os operadores do direito o interpretem, apenas uma categoria realiza plenamente o processo de interpretação até seu ponto culminante: o juiz, que extrai das normas jurídicas a norma de decisão e, por esse motivo, é chamado por Kelsen de “intérprete autêntico”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, primeira parte, item IV).

⁵³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 369. Importante registrar a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. Partindo de um conceito mais amplo de interpretação, afirma que os cidadãos, os grupos, os órgãos estatais e a opinião pública também “são forças produtivas da interpretação”, isto é, são intérpretes da Constituição em sentido amplo, que atuam, ao menos, como intérpretes prévios. Assim, a interpretação constitucional não se centra exclusivamente na “sociedade fechada dos intérpretes jurídicos da Constituição”, alcançando um círculo mais amplo, pluralista e difuso de participantes. Ainda que a jurisdição constitucional permaneça como intérprete de “última instância”, há uma democratização da interpretação constitucional, “na medida em que a teoria da interpretação tenha que obter respaldo na teoria democrática e vice-versa”. (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, pp.263-266).

⁵³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 366-367. Lênio Luiz Streck critica a metáfora da “moldura da norma”, por entender que ela encerra “um decisionismo do intérprete” e que a “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não podem ser um salvo-conduto para uma atribuição de sentidos arbitrária. Para Streck, o caso concreto não constitui um alibi para a prática de decisionismos e arbitrariedades e nem é um “passaporte para ‘um mundo de natureza hermenêutica’, em que cada um possui o seu próprio ‘território’ de sentidos”, mesmo porque, na atribuição de sentido, “não há a primeira palavra nem grau zero de significação”. Aduz que o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo não autoriza o intérprete a escolher o sentido do texto que mais lhe convier, ignorando até mesmo o seu conteúdo mínimo estrutural, o que “seria dar azo à discricionariedade e/ou decisionismo típico do modelo positivista propugnado por Kelsen”. Em suma, afirmar que o intérprete sempre atribui sentido ao texto não significa que esteja autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária, como se o texto e a norma estivessem separados. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33, p.39, pp. 260-267, pp. 348-349 e p.367). Todavia, como pondera Robert Alexy, o fato de, na base de uma decisão judicial, encontrar-se a enunciação da alternativa eleita como a melhor, e, portanto um juízo de valor, não significa que não exista uma possibilidade de objetivar esse poder de escolha, subtraindo-o do campo das convicções morais subjetivas do juiz. Essa objetivação se torna possível porque essas valorações e a conseqüente escolha do juiz devem ser fundamentadas racionalmente no ordenamento jurídico vigente e justificadas. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013, pp. 23-35 e 217).

⁵³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

Todas essas soluções possíveis, aferíveis pela lei a aplicar, têm igual valor, mas somente uma delas se tornará norma de decisão, razão pela qual afirmar que uma sentença judicial é fundada na lei significa, tão somente, que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa. “Não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.⁵³⁴

Para Eros Grau, o Direito não conduz a soluções exatas, mas sim a um conjunto de soluções corretas, haja vista que a lógica jurídica, segundo Fábio Konder Comparato, é a da decisão e da escolha entre várias possibilidades corretas; a lógica da preferência e não da consequência.⁵³⁵

O Direito, afirma Gustavo Zagrebelsky, é uma prudência, e não uma ciência: a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles faz com que não exista uma ciência exata sobre a sua articulação, mas sim uma prudência na sua ponderação.⁵³⁶

Eros Grau sustenta que interpretar um texto normativo significa escolher uma das interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada: “a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação”.⁵³⁷ Assim, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito, onde existe apenas o aceitável (justificável), razão por que, assim como Kelsen, Eros Grau nega a existência de uma única resposta correta

⁵³⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366. Virgílio Afonso da Silva, para refutar as críticas à teoria dos princípios de que faltam critérios racionais de decidibilidade no processo de solução de colisões de princípios (sopesamento), baseia-se exatamente nesses ensinamentos de Kelsen. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 146-148). Eros Roberto Grau observa que expressão moldura da norma não é precisa. A moldura da norma é, na verdade, moldura do texto, mas não apenas dele; “ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto eles serão aplicados, ao empreender a produção prática do direito”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93).

⁵³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 24.

⁵³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, pp. 122-125. Eros Roberto Grau também aduz que o direito não é uma ciência, mas sim uma prudência. Ele distingue o direito - que é normativo e, portanto, não descreve, mas sim prescreve - da ciência do direito, que tem por objeto o direito em si e, portanto, estuda-o e o descreve. O direito - enquanto objeto da ciência do direito - “não é uma ciência porque, nele, não há possibilidade de definirmos uma solução exata, senão, sempre, um elenco de soluções corretas”. Como o direito reclama interpretação e a interpretação é uma prudência, no sentido do saber prático a que se referia Aristóteles, Eros Grau conclui o direito é uma prudência. Por fim, este último autor observa que, na ciência, o desafio são as questões para as quais ainda não há respostas; na prudência, o desafio não é a ausência de respostas, mas a existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão. (GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 39-41. _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paul : Malheiros, 2005, pp. XIV e 99-102.

⁵³⁷ Sobre justificação, vide item 3.7.4.1.

(verdadeira, portanto), para todos os casos jurídicos.⁵³⁸

Registre-se, aqui, a distinção, feita por Aulis Aarnio, entre resposta definitiva e resposta correta.

A resposta definitiva é condição necessária de qualquer sistema jurídico que funcione corretamente, uma vez que “o uso do poder legal pressupõe que, em um determinado estado do procedimento legal, o sistema produz uma resolução com força executiva para o caso”. Ela não é, necessariamente, a resposta correta e, muito menos, a única resposta correta, conceitos que envolvem “determinados critérios formais e materiais de correção”.⁵³⁹

Já o conceito de resposta correta é equívoco. Em sua versão forte, que pressupõe um sistema jurídico fechado, significa que a única resposta correta sempre existe e pode ser detectada em cada caso. “A resposta está ‘escondida’ em alguma parte do ordenamento jurídico e a habilidade do juiz consiste unicamente em explicitar o que já se encontra implícito”. Já a versão fraca “aceita a ideia de que a resposta correta existe no sistema, mas nem sempre (talvez nunca) pode ser detectada”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 40-41. Para o autor, “nem mesmo o juiz Hércules estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta. A concepção *dworkiniana* de *one right answer*, ademais de tudo, parece no momento em que sustentada a busca da ‘melhor teoria possível’ como ideal absoluto (...) Pois a interpretação é convencional. Não possuindo realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistente uma interpretação objetivamente verdadeira” (*Op. cit.*, p. 193). Manuel Atienza assim ordena as diversas posições a respeito da existência ou não de uma única resposta correta para cada caso difícil, tais como: i) existe uma única resposta correta, que cabe extrair dos princípios de Direito Natural; ii) existe uma única resposta correta, que deriva exclusivamente do Direito Positivo e das regras do método jurídico; iii) existe uma única resposta correta, pois o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas uma prática guiada por princípios e valores; a resposta correta é a que proporciona a melhor interpretação possível dos fins e valores que definem a prática; iv) a ideia de única resposta correta é simplesmente uma ficção que, sem embargo, cumpre uma função útil no raciocínio jurídico; v) nem sempre existe uma única resposta correta de acordo com o Direito, embora isso não queira dizer que não existam outros tipos de critérios objetivos ou quase-objetivos a guiar as decisões judiciais; vi) quase nunca existe uma única resposta correta; o Direito fixa unicamente as margens para a decisão e, dentro delas, os juízes decidem de forma subjetiva e imprevisível; e vii) a noção mesma de única resposta correta para cada caso é uma simples ideologia que cumpre a função de mascarar o poder político dos juízes. (ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 56-58). Para Luiz Lênio Streck, por resposta correta deve entender-se a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, que não seja discricionária e respeite a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), a coerência e sua integridade (no sentido de tradição, como pré-juízos ou pré-compreensões), a partir de detalhada fundamentação. A seu ver, sustentar que mais de uma decisão possa ser correta para um caso concreto “é uma aposta na discricionariedade”. Para esse autor, “a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318, pp. 327-333, pp. 345-354 e p. 591).

⁵³⁹ AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 10.

⁵⁴⁰ AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*.

Após ponderar que, além da dúvida a respeito da existência ou não da resposta correta, não há como saber se, de fato, ela foi encontrada para determinado caso, Aarnio também conclui que não existe uma única resposta correta no raciocínio jurídico.⁵⁴¹

Robert Alexy aponta que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, pois exige, em grande medida, valorações do aplicador, mediante um ato de conhecimento em que não faltam elementos volitivos. A fim de se evitar a arbitrariedade, a decisão judicial deve ser fundamentada em uma argumentação racional.⁵⁴²

Além de racionalmente fundamentada no ordenamento jurídico, a decisão judicial deve trazer em si a pretensão de que aplica corretamente o Direito, de que sua fundamentação é acertada (pretensão de correção), levando-se em conta uma série de condições limitadoras – de acordo com Alexy, a lei, o precedente⁵⁴³ e a dogmática. “Não se

Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 10-11.

⁵⁴¹ *Idem, op.cit.*, p. 12.

⁵⁴² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013, pp. 23 e 39-40.

⁵⁴³ Para Robert Alexy, o precedente, fora do sistema de *common law*, tem importância ao menos fática, e “o que se discute é a sua importância teórica”. Muitos enunciados dogmáticos estão incorporados em precedentes e seu uso traz uma contribuição à segurança jurídica, pois o “uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”. Assim, “o simples fato de que uma proposta de solução já tenha sido aplicada é uma boa razão para voltar a elegê-la”. Como regras mais gerais de uso do precedente, propõe esse autor: i) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; ii) que quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 267-271. Como já exposto no item 1.3.2, diante da inexistência de critério de solução de conflitos em termos abstratos, é possível colher do precedente “um viés para a solução de conflitos vindouros”. Desta feita, em outro caso concreto, repetidas as mesmas condições de fato do precedente, um dos princípios tenderá a prevalecer sobre o outro. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185). A par dessa aplicação geral do precedente, em três situações do ordenamento jurídico brasileiro, aplicáveis ao processo penal, dispõe ele de força vinculante: i) poder do Supremo Tribunal Federal de editar súmulas vinculantes, após reiteradas decisões em matéria constitucional, que terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia e normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, CF); ii) os efeitos do julgamento da repercussão geral, em recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B, CPC); e iii) os efeitos do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC). Para Claudio Papagno, embora contrastantes decisões judiciais sejam uma realidade não eliminável e, em determinado sentido, constituam a fisiologia da aplicação do direito, sua multiplicação desnecessária e não razoável assume conotação fortemente negativa, que atinge o próprio funcionamento do método da jurisdição. A certeza do direito implica a necessária previsibilidade da decisão judicial e, nesse sentido, o precedente atende às exigências de racionalidade do sistema. É preciso, todavia, ao se invocar um precedente, ater-se ao seu ponto nevrálgico, representado por sua *ratio decidendi*, que, muitas vezes, não é suficientemente clara no texto do próprio precedente invocado. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 58-64). Lênio Streck distingue precedente de súmula. O precedente “é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal” e, nesse sentido, concretiza a norma. A súmula é a criação de um texto, com pretensão de generalidade e abstração como a lei, em que o enunciado ganha autonomia em relação à situação fática que lhe deu origem. O precedente serve para resolver um caso passado; as súmulas “servem indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros”. O autor critica o fato de o precedente, muitas vezes, “não caber” na súmula. Para Streck, a aplicação da súmula sempre dependerá de fundamentação detalhada, a partir das peculiaridades do caso concreto. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica*

pretende que as afirmações jurídicas e decisões judiciais sejam mais corretas, mas apenas que são corretas de acordo com a ordem jurídica vigente.”⁵⁴⁴

Para Robert Alexy, não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão de correção que nela se formula. “Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões judiciais”.⁵⁴⁵

De todo modo, a impossibilidade de se justificar a existência de uma única resposta correta não retira o seu caráter de ideia reguladora: embora não se parta do pressuposto de que, para cada questão prática, haja uma resposta correta, esta é a finalidade a que se deve aspirar. “Os participantes em um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e fundamentações”. Assim, “em uma decisão judicial se formula necessariamente a pretensão de que o Direito se aplica corretamente”.⁵⁴⁶

No mesmo sentido, Aulis Aarnio anota que a única resposta correta continua sendo um pressuposto ideológico, um ideal que rege o discurso. O que se deve almejar é a melhor resposta possível, que atenda às expectativas da certeza jurídica.⁵⁴⁷

e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 394-403).

⁵⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 31-32, 212 e 317-318.

⁵⁴⁵ *Idem*, *op. cit.*, pp. 284-285.

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 306-307 e 318.

⁵⁴⁷ De acordo com Aulis AARNIO, a democracia já se satisfaz com a melhor justificação possível para respaldar uma decisão. A melhor solução possível se verifica quando os membros de uma comunidade jurídica ideal (CI) – o autor parte, aqui, da noção de auditório, formulada por Perelman, em que cada ponto de vista argumentativo é dirigido a um receptor ou grupo de receptores -, com base em critérios de racionalidade discursiva, podem aceitá-la. Uma vez que a comunidade jurídica não é homogênea, pois inclui grupos com diferentes opiniões, a melhor solução possível é aquela aceita pela maioria (princípio da maioria). Como não existem respostas corretas no ordenamento jurídico *ex ante*, todas as soluções bem fundamentadas são corretas *ex post*, no sentido de que são as respostas corretas dentro de um determinado marco justificativo. Chega-se, aqui, ao limite do discurso racional, em que não há como comparar as soluções entre si. Com base no conceito de comunidade jurídica ideal (CI) e no princípio da maioria, Aarnio enuncia a seguinte diretriz ou princípio regulador (PR): “Quando se tratar de um caso difícil, procure alcançar uma solução e uma justificação, de forma tal que a maioria dos membros de uma comunidade jurídica que pensem de forma racional possam aceitar seu ponto de vista e sua justificação”. AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 17-45).

3.7.3.2. Discrecionalidade judicial e interpretação. Juízos de oportunidade e de legalidade

Segundo Manuel Segura Ortega, embora o tema discrecionalidade judicial há muito preocupe os juristas, as discussões a seu respeito não chegaram a nenhum consenso (“*más bien el desacuerdo parece ser el denominador común*”). As divergências atinem não somente ao alcance, sentido e limites da discrecionalidade judicial, como também à sua própria existência.⁵⁴⁸

O ponto de partida dessa discussão é: o que exatamente se entende por discrecionalidade judicial?

A resposta a essa indagação exige uma análise do conceito de interpretação.

Interpretar, na lição de Norberto Bobbio, “significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.⁵⁴⁹

Para entender o signo de uma dada linguagem, há que se interpretá-lo, segundo

⁵⁴⁸ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 9

⁵⁴⁹ De acordo com Norberto Bobbio, a linguagem humana é um complexo de signos. “Assim, por exemplo, quando digo ‘cavalo’, me limito a produzir um som vocal, mas com isto indico uma coisa diferente de tal som. Como complexo de signos, a linguagem exige interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso). Ademais, há sempre um certo desajuste entre a ideia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la (...)”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, pp. 212-213). Eros Roberto Grau aduz que, diante de determinado signo linguístico, quando as palavras são suficientemente claras, “a ele atribuímos um específico significado, de pronto colhido, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de compreensão daquele signo (buscamos entendê-lo). Interpretar, pois, em sentido amplo, é compreender signos linguísticos”. Por outro lado, quando não existe clareza na linguagem, como antecedente necessário à plenitude da compreensão, é preciso determinar o significado das palavras e expressões, precisar o seu sentido. “Aqui, portanto, a interpretação (em sentido estrito) – exercício complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado - antecede, na medida em que a viabiliza, a plenitude da compreensão. Interpretamos, em sentido estrito, para compreender; compreender é interpretar em sentido amplo”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 69-70). Para Michele Taruffo, “signo” é uma noção de caráter relacional, na medida em que consiste na união de um significante com um significado. “Significante”, a seu ver, é a “entidade linguística (palavra, série de palavras, frase, série de frases, discurso) que constitui o instrumento material do processo de comunicação, ou, mais propriamente, de significação, ao passo que por “significado” deve entender-se o conteúdo da significação, vale dizer, o pensamento, o conceito, a asserção ou a informação que se pretende comunicar mediante a expressão linguística que constitui o significante. Pondera esse autor que nem o significado e nem o significante esgotam, por si sós, a definição de signo. Após aduzir que os critérios de interpretação permitem “decodificar” o signo, ou seja, individuar o significado que a ele se pretende atribuir, afirma que a própria sentença pode ser interpretada como um signo: as partes interpretam a sentença como o signo que comunica a decisão, e a motivação como o signo que comunica as razões da decisão. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 55-62).

Jerzy Wróblewski, atribuindo-lhe um significado de acordo com as regras de sentido dessa linguagem.⁵⁵⁰

No campo do direito, esclarece Bobbio, a questão é saber se a interpretação é uma atividade cognoscitiva puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente - que visa explicitar, com meios puramente lógico-rationais, o conteúdo de normas jurídicas já dadas - isto é, “remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa em tais signos” -, ou se, diversamente, é uma atividade criativa ou produtiva do direito.⁵⁵¹

Para Carlos Maximiliano, o juiz não formula o direito, interpreta-o apenas. “Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie”.⁵⁵²

Ocorre que o juiz não é um mero descobridor ou revelador de significados⁵⁵³ nem o aplicador mecanicista da lei, assim referido por Montesquieu: “os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”.⁵⁵⁴ Essa concepção do juiz como “a boca da lei” centra-se na ideia de que o Direito está na lei e que, constituindo a lei emanação direta da razão (*ratio scripta*), deve o juiz limitar-se a pronunciar suas palavras,

⁵⁵⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 2001, p. 22.

⁵⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, pp. 213-214.

⁵⁵² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 48 e 65. Cesare Beccaria reputava a interpretação das leis, “da qual nascem as arbitrárias e venais controvérsias”, um mal. Bastaria, a seu ver, que o juiz criminal fizesse um silogismo perfeito, em que a premissa maior fosse a “lei geral”, a premissa menor “a ação conforme ou não à lei”, e “a consequência a liberdade ou a pena”. “Não há coisa mais perigosa que aquele axioma comum de que se precisa consultar o espírito da lei. Isso é um dique avariado à torrente das opiniões (...). Qualquer homem tem seu ponto de vista, qualquer homem em diferentes tempos tem um ponto de vista diverso. O espírito da lei seria, portanto, o resultado de uma boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou difícil digestão, dependeria da violência das suas paixões, da debilidade de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas mínimas forças que mudas as aparências de cada objeto no ânimo flutuante do homem. Por isso, vemos a sorte de um cidadão mudar frequentemente na passagem que faz por diferentes tribunais, e as vidas dos miseráveis serem vítimas dos falsos raciocínios ou dos atuais fermentos dos humores de um juiz, que toma por legítima interpretação o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente. Por isso, vemos os mesmos delitos de um mesmo tribunal punidos diversamente em diversos tempos, por haver consultado não a constante e fixa palavra da lei, mas a errante instabilidade das interpretações”. (BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 43-45). Como observado por Manuel Atienza, citando Calamandrei, Beccaria escreveu essa obra aos vinte e cinco anos de idade, sem experiência forense direta. “Não se trata, pois, propriamente, de um jurista, no sentido estrito da expressão, senão de um moralista que reage com espírito humanitário e compassivo frente à arrepiante crueldade na aplicação do Direito penal da época”. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 248).

⁵⁵³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

⁵⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

sendo-lhe vedado interpretá-las.⁵⁵⁵

O juiz, contudo, não é a “boca”, mas sim “a mente pensante da lei”.⁵⁵⁶ Seu papel não é o de, simplesmente, reconstruir a vontade do legislador; o juiz, como intérprete autêntico, cria direito, no sentido de definir a norma de decisão.⁵⁵⁷

Hans Kelsen, ao tratar da dinâmica jurídica, afirma que uma decisão judicial não tem, como ordinariamente se supõe, mero caráter declaratório, pois ela cria a norma individual que rege o caso concreto.

O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ (‘declaração do Direito’) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.

O estabelecimento da norma individual pelo juiz representa um estágio intermediário do processo que se inicia na Constituição, passa pela legislação, segue para a decisão judicial e, desta, para a execução da sanção. A norma individual, que impõe uma sanção perfeitamente determinada contra um determinado indivíduo, só é criada através da decisão judicial, que, portanto, tem caráter constitutivo. E conclui Kelsen:

somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.⁵⁵⁸

Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que a atividade do intérprete não consiste na mera descrição de um significado previamente existente no texto, mas sim em constituir esses significados. Adverte, porém, que constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete “não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”. Com efeito, há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima, a partir de um ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Invocando Aulis Aarnio, Ávila

⁵⁵⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, p. 31.

⁵⁵⁶ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 59.

⁵⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 61 e 85.

⁵⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 254-256.

aduz que “termos como ‘vida’, ‘morte’, ‘mãe’, ‘antes’, ‘depois’, apresentam significados intersubjetivados, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentos. Eles funcionam como condições dadas da comunicação”. O intérprete, portanto, não apenas constrói, como reconstrói significados:

a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos [que permitem identificar as situações às quais certamente não se aplicam], que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁵⁵⁹

Retomando a distinção entre texto e norma, Eros Grau afirma que o conjunto das disposições (= o texto, o enunciado) constitui, tão somente, ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado propriamente dito, vale dizer, a norma, é o resultado da tarefa de interpretação. Nesse sentido, “o significado da norma é produzido pelo intérprete”.⁵⁶⁰

Para Eros Grau, a interpretação é um processo intelectual pelo qual, a partir de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, o intérprete determina um conteúdo normativo. O produto da interpretação é a norma, que, parcialmente, preexiste no invólucro do texto. O intérprete desnuda a norma, desvencilha-a de seu invólucro, e é nesse sentido que o intérprete produz a norma: ele transforma uma expressão (o texto) em outra (a norma).⁵⁶¹

E por qual razão a norma apenas em parte preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, do enunciado?

Responde Eros Grau: porque a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir dos elementos do texto (mundo do dever-ser), mas também dos elementos do caso ao

⁵⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 32-34. Sobre a inexistência de “grau zero” de significação na interpretação, vide nota de rodapé n. 532, no item 3.7.3.1.

⁵⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81. José Joaquim Gomes Canotilho aduz que o enunciado, disposição ou formulação faz parte de um texto normativo; já a norma é o sentido ou significado adstrito a essa disposição (enunciado, formulação de um texto normativo). Assim, “disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é parte de um texto interpretado”. Em outras palavras, “texto da norma é o sinal linguístico”, ao passo que norma “é o que se revela ou designa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.075-1.076 e 1.091). Normas, em suma, “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30).

⁵⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 61, 79 e 83.

qual será aplicada, isto é, a partir dos elementos da realidade (mundo do ser). O intérprete, além dos textos normativos, toma como objeto de compreensão a realidade em cujo contexto se dá a interpretação, no momento histórico em que ela se dá, e também interpreta os fatos, os elementos do caso.⁵⁶²

Interpreta-se o direito, segundo Eros Grau, não apenas porque os seus textos sejam ambíguos ou imprecisos, mas porque a interpretação do direito consiste em “concretar” a lei a cada caso, isto é, na sua aplicação. Interpretação e aplicação do direito constituem um só processo, uma única operação, “de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos”.⁵⁶³

Como observa Gustavo Zagrebelsky, o caso não pode ser compreendido juridicamente senão por referência à norma e esta por referência àquele; não é somente o caso que deve orientar-se pela norma, mas também a norma que deve orientar-se pelo caso.

Tomar em consideração exclusivamente os casos daria lugar a uma pura e simples ‘casuística’, incompatível com a existência do direito como ordenamento; tomar em consideração exclusivamente o ordenamento conduziria a uma ciência teórica, inútil para a finalidade do direito. Excesso de concreção num caso, excesso de abstração noutro.⁵⁶⁴

A atividade de interpretação/aplicação do direito parte da compreensão de textos “normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão”. Caminha-se, pois, do texto e dos fatos até a norma jurídica e, em seguida, da norma jurídica para a norma de decisão, aquela que determina a solução do caso concreto.⁵⁶⁵

É mister agora, mais uma vez, extremar interpretação de poder discricionário, desta feita sob outro prisma.

Para Ronald Dworkin, fala-se em poder discricionário quando uma pessoa tem o encargo de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada

⁵⁶² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

⁵⁶³ *Idem*, *op. cit.*, pp. 71 e 86.

⁵⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 132. Para esse autor, se a interpretação não está orientada ou ligada a um caso concreto, “é um girar no vazio carente de sentido (a menos que se considere que tem sentido buscar o maior número possível de significados encerrados nos enunciados da lei, segundo um ideal de uma interpretação exclusivamente teórica que propõe a teoria pura do Direito)”. O direito, portanto, está necessariamente ancorado à realidade. (*Op. cit.*, pp. 120-122 e 145).

⁵⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 72-73.

autoridade. Empregando a conhecida metáfora do espaço vazio no centro de uma rosca, afirma que o conceito de poder discricionário está relacionado a uma faixa de restrições ou padrões, e tem significado ambíguo. Segundo Dworkin, o significado da expressão “poder discricionário” depende do contexto em que é empregada: em sentido fraco, significa que a autoridade pública não aplica padrões mecanicamente, pois deve fazer uso de sua capacidade de julgar; em um segundo sentido fraco, reporta-se à constatação de que uma autoridade pode tomar uma decisão em última instância, que não pode ser revista ou cancelada por nenhuma outra, e, em sentido forte, significa que seu titular, quando decide, não se sujeita a qualquer padrão estabelecido por outra autoridade.⁵⁶⁶

Enquanto Herbert Hart considera que a autêntica discricionariedade é exercida apenas nos chamados casos difíceis,⁵⁶⁷ Ronald Dworkin a recusa abertamente, pois entende que, à luz do Direito, sempre existe uma resposta correta⁵⁶⁸ e o juiz, “mesmo nos casos difíceis, tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.⁵⁶⁹

Eros Grau também nega, peremptoriamente, a discricionariedade judicial, isto é, a possibilidade de o intérprete autêntico produzir normas livremente, no exercício de discricionariedade. Entende que a

abertura dos textos de direito, embora suficiente para que o direito permaneça a serviço da realidade – daí a necessidade do emprego de conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos – não é absoluta, e o intérprete por eles estará permanentemente atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 50-51. Eros Roberto Grau, ao discorrer sobre a teoria de Dworkin do poder discricionário, afirma que, “em sentido fraco, a expressão é frequentemente usada para referir que uma determinada razão impede que alguém aplique determinados *standards* de modo mecânico, exigindo que esse alguém formule um tipo de julgamento – dizendo-o ao meu modo: o *poder discricionário*, neste sentido, fraco, diz apenas com o fato de que a aplicação de qualquer ordem, indicação, conceito etc. reclama alguma interpretação; ou seja, reclama um agente capaz de raciocinar, portanto não imbecil ou idiota. Neste sentido, discricionariedade = capacidade de raciocínio. Em um segundo sentido fraco, a expressão é usada para referir que uma determinada pessoa é titular da derradeira capacidade de tomar uma decisão, que não pode ser controlada ou anulada por outra pessoa. Neste sentido, v.g., o Supremo Tribunal Federal seria dotado de poder discricionário para decidir a respeito da constitucionalidade de certo ato. Em sentido forte, poder discricionário refere que o seu titular não está vinculado, ao tomar decisões, a qualquer *standard* estabelecido por outra autoridade”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193).

⁵⁶⁷ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 18, em especial nota de rodapé 22.

⁵⁶⁸ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 9, nota de rodapé 3. FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, p. 38.

⁵⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

⁵⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo:

Em repúdio ao entendimento de que o juiz atua no campo de uma certa discricionariedade, Eros Grau assevera que ao juiz não compete a formulação de juízos de oportunidade, mas sim, e exclusivamente, de juízos de legalidade.

Ainda que não seja o juiz, meramente, ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade – não será demasiada esta repetição – é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formação.⁵⁷¹

Comumente se utiliza a expressão “discricionariedade judicial” para afirmar que: i) os juízes são os últimos aplicadores do direito (suas decisões não podem ser corrigidas, fazem coisa julgada); ii) as normas jurídicas não são aplicadas mecanicamente, reclamando um intérprete; ou que iii) os juízes devem suprir lacunas do direito, quando se manifestem. “Nada disso, contudo, é discricionariedade (= juízo de oportunidade); tudo isso é interpretação (= juízo de legalidade)”.⁵⁷²

Assim, arremata Eros Grau, o que se tem erroneamente denominado de discricionariedade judicial é o poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas, que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). Enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida, subjetivamente, pelo agente, o juízo de legalidade é atuação que o intérprete desenvolve - repita-se – atado, retido pelo texto normativo e também pelos fatos.⁵⁷³

Malheiros, 2005, pp. 207-208. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. Portanto, o texto da norma atua como um limite negativo ao âmbito de liberdade de interpretação. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.093-1.094).

⁵⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 52-53. Lênio Luiz Streck, corretamente, aponta a impropriedade de se aproximar a discricionariedade judicial da discricionariedade administrativa. Se esta última foi concebida, classicamente, como ato da administração na qual o Judiciário não poderia intervir, indaga ele, como transplantar a insindicabilidade do mérito administrativo para o plano da decisão judicial? (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39).

⁵⁷² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208-209.

⁵⁷³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. De acordo com esse autor, “a interpretação é expressão de uma manifestação constitutiva, que envolve uma decisão. Essa decisão é assumida – insisto – mediante a formulação de um juízo de legalidade – não de um juízo de oportunidade (= discricionariedade). Não obstante, a doutrina insiste no equívoco de confundir discricionariedade (juízo de oportunidade) com a liberdade de pensar,

José Roberto Santos Bedaque corretamente observa que se ao juiz fosse atribuído poder discricionário, o seu exercício restaria imune ao controle das instâncias superiores, uma vez que qualquer das soluções por ele adotada seria conforme o direito e não poderia ser revista. “Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma”.⁵⁷⁴

Em suma, entendida a discricionariedade judicial como “margem de atuação”, em decorrência da imprecisão ou indeterminação do Direito, ela se confunde, em verdade, com a atividade de interpretação.⁵⁷⁵

3.7.3.3. Discricionariedade judicial e individualização da medida cautelar pessoal no processo penal

Hans Kelsen, ao exemplificar a indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito, cita a lei penal que prevê, para um crime, multa ou pena privativa de liberdade, e “deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado pela própria lei um limite máximo e um limite mínimo”.⁵⁷⁶

A partir desse exemplo, afirma-se – erroneamente, como adiante exposto - que o

própria da natureza do homem”. Os pensamentos, portanto, são livres, dentro da moldura da legalidade. “Ainda quando o intérprete autêntico cogite dos princípios, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro – ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico – porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir – pondera-se *o direito*, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 209).

⁵⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, n. 354, pp. 187-195, mar.abr. 2001. A seu ver, “caso se atribua à expressão ‘discricionariedade’ o significado de ‘maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes’”, então o juiz a exerce. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Pinto aduz que o poder discricionário do juiz significa certa margem de liberdade de interpretação, a qual denomina “liberdade de investigação crítica”. Acrescenta que não se podem confundir as dificuldades que existem em saber qual é, substancialmente, a melhor solução, com uma indiferença que haveria em relação à escolha da solução A ou B, pois o juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais poderia escolher, indiferentemente, um. Admitir esse tipo de discricionariedade importaria em subtrair a decisão a qualquer forma de controle por parte das instâncias superiores. (PINTO, Teresa Arruda Alvim. Existe a “discricionariedade” judicial? In: *Revista de processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 70, pp. 232-234, abr.jun. de 1993).

⁵⁷⁵ Lênio Luiz Streck rejeita a discricionariedade judicial, ainda que entendida como grau de liberdade dado ao intérprete (“chame-se-o como quiser”), por reputar que se trata de um espaço de anomia, não sujeito a controle contencioso, que colide frontalmente com o Estado Democrático de Direito. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 38-47, p. 222 e pp. 268-278).

⁵⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 365.

juiz, na individualização da pena, tem amplos poderes discricionários, na medida em que está autorizado a escolher entre distintas alternativas fixadas pelo Código Penal (multa ou pena privativa de liberdade; fixação da pena entre o mínimo e o máximo legal; fixação do regime prisional; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, suspensão da execução da pena etc.).⁵⁷⁷

Nada mais equivocado.

Ainda que o juiz, na individualização da pena, seja dotado, na expressão de Kelsen, de maior margem de livre apreciação,⁵⁷⁸ ele se encontra estritamente vinculado aos parâmetros legalmente estabelecidos pelo Código Penal⁵⁷⁹ e deverá motivar, adequadamente, qualquer opção feita.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a fim de se evitarem soluções arbitrárias, ditadas pela sua exclusiva vontade, ao juiz compete demonstrar, fundamentadamente, com base empírica idônea, quais os critérios e as circunstâncias de que se valeu na concretização da pena imposta, notadamente nas hipóteses de grande exasperação, em que a pena é fixada no máximo legal ou próximo a esse limite.⁵⁸⁰

Na individualização da pena, portanto, não existe a formulação de juízos de oportunidade, mas, tão somente, de legalidade (= interpretação), de modo que apenas em um sentido fraco, e muito genérico, se poderia falar em discricionariedade.

Luigi Ferrajoli, ao tratar da determinação da pena adequada a um crime e dos

⁵⁷⁷ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, pp. 71-129) e Manuel Segura Ortega (In: ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 9, 18-22 e 37-39) tratam discricionariedade judicial como sinônimo de arbitrio. Mas existe uma razão jurídica para tanto: o art. 741 do Código de Processo Penal espanhol (Ley de Enjuiciamiento Criminal) prevê que “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta*”. Neste particular, o dicionário da Real Academia Espanhola assim define arbitrio: “(Del lat. *arbitrium*). 1. m. Facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra. 2. m. Autoridad, poder. 3. m. Voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho. 4. m. Medio extraordinario que se propone para el logro de algún fin. 5. m. Sentencia o laudo del árbitro. 6. m. pl. Der. Derechos o impuestos con que se arbitran fondos para gastos públicos, por lo general municipales. ~ administrativo, o ~ judicial. 1. m. Der. Facultad que la ley deja a los jueces o autoridades para la apreciación de circunstancias o para la moderación de sus decisiones”. (Disponível em <<http://lema.rae.es/drae/?val=arbitrio>>, acesso em 18 de agosto de 2014).

⁵⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 364.

⁵⁷⁹ Confirmam-se, v.g., os arts. 33, § 3º; 44, 59, 68 e 77 do Código Penal.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, por todos, Extensão em Habeas Corpus nº 101.118/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 27/8/10. Confirmam-se ainda: Habeas Corpus nº 87.263/MS, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/8/06; Habeas Corpus nº 88.261/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 29/6/07 e Habeas Corpus nº 75.889/MT, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 19/6/98. Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>.

critérios de valoração previstos no art. 133 do Código Penal italiano,⁵⁸¹ afirma que esses vetores, embora úteis, numerosos e detalhados, não são exaustivos; por sua natureza, a conotação escapa a uma completa predeterminação legal e, em razão de seu caráter genérico e valorativo, carecem de condições para vincular o juiz, a quem, no entanto, são remetidos sempre os juízos de valor sugeridos por aqueles critérios.

Ferrajoli aduz que esses “juízos de valor” formam o que denomina “discrecionalidade fisiológica da interpretação judicial” e assevera que, sobre eles, é inútil pretender controles certos e objetivo. Apenas se podem conceber duas ordens de indicações: uma incidente no método e outra no conteúdo. No plano do método, que os juízos nos quais se apoia a conotação não sejam vagos, mas sim explícitos e fundamentados em argumentações pertinentes que evidenciem as suas inevitáveis premissas valorativas; no plano do conteúdo, que o objeto da conotação judicial se limite, estritamente, ao fato que está sendo julgado, e não se estenda em considerações estranhas a ele.⁵⁸²

Também no processo penal e, mais precisamente, no âmbito das medidas cautelares pessoais, diante do rígido balizamento para o exercício da margem de interpretação judicial, imposto pelos princípios da legalidade, da presunção de inocência, pela necessidade de justificação constitucional da medida e pela regra da proporcionalidade, não cabe ao juiz, em hipótese alguma, formular juízos de oportunidade, assim entendidos como uma opção subjetiva entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos, mas sim juízos de legalidade, interpretando textos e fatos.⁵⁸³

Ainda que, na praxe judiciária, muitas decisões se assentem na oportunidade ou conveniência de imposição de uma dada medida cautelar, a referência retórica a esse juízo de valor,⁵⁸⁴ em verdade, é desprovida de rigor técnico.

⁵⁸¹ Esse dispositivo legal é similar ao art. 59 do Código Penal brasileiro. Importante ressaltar que o art. 132 do Código Penal italiano trata dos limites do “poder discricionário” do juiz na aplicação da pena e prevê que, nos limites fixados pela lei, o juiz aplica a pena discricionariamente, “e deve indicar os motivos que justificam o uso de tal poder discricionário”. Assim, enquanto o art. 741 do Código de Processo Penal espanhol fala em “livre arbítrio” judicial na imposição da pena, o Código Penal italiano expressamente atribui ao juiz “poder discricionário” nessa seara, dentro dos limites legais. Essas expressões, a nosso ver, devem ser entendidas, tão somente, como margem legal de interpretação.

⁵⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 373.

⁵⁸³ Como adverte Claudio Papagno, as normas processuais, de regra superior e limite ao poder jurisdicional, não podem se transformar em exercício do poder em si. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 33).

⁵⁸⁴ Segundo Norberto Bobbio, enquanto o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que sua formulação tem apenas a finalidade de informar, de comunicar uma constatação, o juízo de valor representa, diversamente, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação tem

Pode-se questionar se uma medida cautelar pessoal é legal ou ilegal, se encontra justificação constitucional ou não, se é proporcional ou desproporcional, mas não se é conveniente ou inconveniente, oportuna ou inoportuna, porque, repita-se, a margem de liberdade concedida ao juiz para essa apreciação não compreende a formulação de um juízo de valor dessa natureza.⁵⁸⁵

Embora, em princípio, ao juiz se abra a possibilidade de optar, dentro de sua margem de interpretação, entre alternativas igualmente corretas, sua única opção, em verdade, é a imposição da(s) medida(s), que, no caso concreto, justificadamente, se mostre(m) necessária(s), adequada(s) e menos gravosa(s) – ressalta-se o plural, haja vista a expressa possibilidade de sua cumulação (art. 282, § 1º, CPP).

A aplicação da medida cautelar menos gravosa decorre não somente da regra da proporcionalidade, mas também do *favor rei*, como aspecto, significado, projeção ou manifestação da presunção de inocência, a orientar, no âmbito judicial, a escolha da interpretação mais favorável ao imputado.⁵⁸⁶

A prisão preventiva, medida excepcional e subsidiária, *a ultima ratio*, somente será admissível quando, presentes os seus pressupostos (art. 312, *caput*, segunda parte, CPP), requisitos positivos (arts. 312, *caput*, segunda parte, CPP), requisitos negativos (art. 314, CPP) e suas hipóteses de cabimento (art. 313, CPP),⁵⁸⁷ as medidas cautelares alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas frente ao *periculum libertatis* (art. 282, §6º, CPP). Jamais por ser conveniente ou oportuna.⁵⁸⁸

por finalidade não informar, mas sim influir sobre o outro, isto é, fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 135).

⁵⁸⁵ Embora tratando do processo civil, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que, quanto às liminares (mandados de segurança, cautelares, antecipatórias de tutela), não há discricionariedade alguma. “A dificuldade do juiz, por certo, é fática, ou seja, restringe-se a averiguar se existe ou não o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Mas, definido o fato (e a tarefa é interpretativa), estará o juiz obrigado a conceder a liminar (em caso positivo) ou a negá-la (caso não estejam presentes os requisitos para sua concessão). Cognição sumária, portanto, não leva à discricionariedade, não sendo viável imaginar que o juiz possa escolher, a seu critério, quando convém deferir liminarmente alguma tutela (cautelar ou antecipatória). Os critérios, portanto, são legais e podem ser aferidos em instância superior”. (BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, n. 354, pp. 187-195, mar.abr. 2001).

⁵⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 364-370.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 732.

⁵⁸⁸ Imperiosa, portanto, a releitura da vetusta expressão “por conveniência da instrução criminal” (art. 312, CPP), uma das situações previstas em lei configuradoras do *periculum libertatis*. Essa expressão deve ser interpretada como “necessidade para a investigação ou a instrução criminal”, tal como, aliás, previsto no art. 282, I, Código de Processo Penal. Trata-se de uma falha da reforma processual encetada pela Lei nº 12.403/11, que se esqueceu de harmonizar a redação desses dispositivos legais, o que não impede que,

A imposição de uma medida cautelar pessoal, fundada em juízo de valor de mera oportunidade ou conveniência, carece de justificação constitucional e ofende o princípio da presunção de inocência enquanto “norma de tratamento”.⁵⁸⁹

Evidente que, como aponta Virgílio Afonso da Silva, na aplicação da proporcionalidade – em qualquer uma de suas sub-regras, e não apenas na fase de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) –, não há racionalidade que exclua, por completo, alguma subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Essa constatação, aliás, estende-se à própria operação de subsunção que, apesar de formalmente lógica, apresenta problemas de fundamentação substancial. Daí a necessidade de “fixação de parâmetros que permitam algum controle da argumentação” utilizada pelo juiz.⁵⁹⁰

Mas não se trata, em hipótese alguma, de arbítrio, o qual, como faculdade de escolha meramente potestativa, em si mesmo, é insuscetível de controle.

Se o juiz deve fazer uso racional e razoável da sua margem de livre apreciação, justificando adequadamente, com base na Constituição Federal e na lei, a sua decisão,⁵⁹¹ soa contraditório falar-se em arbítrio ou equiparar-se este último a uma margem regrada de apreciação racional.

Mais uma vez, no processo penal não existe a emissão de juízos de oportunidade, mas, tão somente, de legalidade. Não há, portanto, arbítrio nem discricionariedade – entendida como possibilidade de escolher entre soluções igualmente justas ou indiferentes jurídicos – alguma nessa seara.

Aliás, quando o tribunal superior mantém uma decisão do juízo inferior, não o faz pela impossibilidade de substituir, por seu próprio, o arbítrio deste último, mas sim por reputá-la suficientemente motivada, o que é bem diverso.

Coloca-se, aqui, a questão do denominado “princípio da confiança no juiz”, segundo o qual, na visão do tribunal superior, o juiz da causa, por estar mais próximo das pessoas e dos fatos, possuiria melhores condições para avaliar os pressupostos fáticos da prisão cautelar.⁵⁹²

Esse “princípio”, secundado por juristas como Espínola Filho,⁵⁹³ foi invocado em

por força de interpretação sistemática, se proceda à revogação tácita da expressão “conveniência”.

⁵⁸⁹ Sobre presunção de inocência como “norma de tratamento”, vide Capítulo 3, item 3.4.

⁵⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp.146-148 e 177-178.

⁵⁹¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, p. 128.

⁵⁹² STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 528.

⁵⁹³ Para Eduardo Espínola Filho, atribuir-se ao juiz o poder de “verificar, ao mesmo tempo que apura a satisfação dos outros requisitos legais, se há a conveniência e a necessidade de submeter o inculpatado à

vetustos acórdãos do Supremo Tribunal Federal⁵⁹⁴ e ainda encontra eco na jurisprudência de tribunais locais e do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁹⁵

O equívoco desse entendimento é patente.

O juiz não decide por iluminação⁵⁹⁶ nem tem discricionariedade, no sentido de poder de escolha incontestável, para decretar uma medida cautelar, uma vez que deve

detenção provisória, é um ponto líquido, tratando-se, como se trata, de providência atinente à direção do processo, cuja regularidade e boa ordem ficam sob sua responsabilidade”. Parte esse autor da premissa de que “a decretação, ou não, da prisão preventiva de tal sorte se relaciona com os interesses do processo, que só o juiz da causa pode, legitimamente, decidir a respeito”. “O que vem sendo discutido é a extensão do poder de apreciação discricionária, deixada ao critério do magistrado, em forma a permitir, ou não, se imiscua o tribunal superior, com maior ou menor liberdade, na consideração daquelas necessidades e conveniência”. “Posta a questão nos devidos termos, urge se não invista o tribunal superior de poderes excessivos, com a perniciosa consequência de anular a ação sobre todas proveitosa do juiz, que está em contacto direto com a pessoa, de cuja prisão se cogita e, sentindo, vivamente, as exigências da causa, pode, melhor que ninguém, convencer-se da necessidade e da conveniência da respectiva prisão preventiva”. Apesar de atribuir tamanha margem de apreciação ao juiz de primeiro grau, Espínola Filho pondera: “O que ao juiz cumpre é, com bons argumentos, justificar essa sua convicção, assentada com base nos elementos dos autos, de maneira a poder o tribunal superior, verificando se foram observados os requisitos legais, se estão satisfeitas as condições expressamente exigidas pelo direito positivo, examinar, outrossim, a corroboração, no processo, das conclusões do magistrado, de modo a apurar se, no uso do poder discricionário, não descambou para o arbítrio desarrazoado, fruto do mero capricho ou do simples impressionismo pessoal, a fim de ser corrigido o que se não adaptar a uma opinião, bem formada e bem documentada, da necessidade real, ou da conveniência manifesta, de medida de uso prudente, por ser violenta”. (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, pp. 418-428, vol. III).

⁵⁹⁴ Confira-se, v.g., o voto do Ministro Orozimbo Nonato no Recurso em Habeas Corpus nº 32.940/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Nelson Hungria, j. 30/12/54, consignando que o juiz de primeira instância “teve o primeiro contato com as provas, com as partes, com as testemunhas e tem mais meios de convicção mais seguros do que o juiz de instância superior”. No mesmo sentido, o Recurso em Habeas Corpus nº 50.376/AL, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Gallotti, j. 17/10/72. Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>.

⁵⁹⁵ Habeas Corpus nº 29.828/SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, j. 7/10/03, consignando-se no voto do condutor do acórdão que deveria ser prestigiada a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão da repercussão do fato, porque o juiz de primeiro grau, “próximo dos fatos, está em melhores condições de, sopesando as nuances e circunstâncias da ação criminosa, avaliar a necessidade da medida extrema”. No mesmo sentido: Recurso em Habeas Corpus nº 2.787/SC, Relator o Ministro Pedro Aciole, j. 30/6/93, e Recurso em Habeas Corpus nº 7.096/RJ, Relator o Ministro Anselmo Santiago, j. 17/2/98, de cuja ementa extrai-se: “Há de se dar um crédito de confiança ao magistrado de primeiro grau que, baseado nas circunstâncias do delito, cometido por policiais militares, de quem sempre se espera conduta exemplar, considera a ação criminosa uma afronta à ordem pública, decretando a prisão cautelar, não apenas por esse motivo, mas ainda para assegurar a aplicação da lei penal, visto como, pelo elevado da reprimenda, presume-se que o sentenciado se esquivará ao cumprimento da pena”. Mais recentemente, cite-se o Habeas Corpus nº 289.373/MG, Relatora a Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), j. 22/5/14, de onde se extrai, em termos assertivos: “Em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar”. Acórdãos disponíveis em <www.stj.jus.br>.

⁵⁹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 52. Após observar que o processo, além de instrumento de garantia de direitos, é um meio de obtenção de conhecimento a respeito de um suposto fático, Ibáñez denuncia a “habitual trivialização da *quaestio facti*” e o seu “endêmico” abandono à consciência do julgador, à sua intuição ou à sua certeza moral, o que equivaleria a habilitar o juiz a decidir por “iluminação”. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 45-46).

demonstrar, fundamentadamente, com base empírica idônea constante dos autos, a presença dos pressupostos e requisitos que autorizam a sua imposição, a fim de torná-la intersubjetivamente controlável.

Como “a verdade não resulta de uma intuição individual misteriosa, senão de um procedimento cognoscitivo estruturado e comprovável de maneira intersubjetiva”,⁵⁹⁷ o convencimento do juiz

deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a eles, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes.⁵⁹⁸

A prova⁵⁹⁹ lícita, portanto, é o instrumento processual de que se serve o juiz para conhecer a verdade sobre os fatos da causa, proporcionando-lhe a informação de que necessita para estabelecer se os enunciados sobre os fatos se fundam em bases cognoscitivas suficientes e adequadas para serem considerados verdadeiros.⁶⁰⁰

Regras legais probatórias e decisórias delimitam sua margem de apreciação e, de duas, uma: i) ou a decisão judicial se encontra adequada e suficientemente motivada, e subsistirá, ou ii) ausente motivação idônea, sua ilegalidade será flagrante, e cumprirá ao tribunal superior revogá-la.

A decretação de uma medida cautelar, desta feita, jamais pode ser fruto da intuição subjetiva incognoscível⁶⁰¹ do juiz ou derivar de seus sentimentos íntimos – ao que, em última instância, se equipara esse “princípio” da confiança subjetiva no juiz da causa.

Como pondera Lênio Streck, ao apontar a manifesta fragilidade dessa construção, “se o juiz da causa possui melhores condições para aferir a ‘situação fática’, qual seria a

⁵⁹⁷ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 33.

⁵⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105, vol. III.

⁵⁹⁹ O Código de Processo Penal, após a reforma processual da Lei nº 11.690/08, distingue nitidamente “prova”, como tal entendida aquela produzida em contraditório judicial, de “elementos informativos”, obtidos na fase da investigação preliminar.

⁶⁰⁰ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 33. Como observa Perfecto Andrés Ibáñez, “a prova é a única via de acesso ao conhecimento do fato objeto da causa (fato imputado ou fato principal)” – ao que acrescentamos: qualquer fato que, independentemente de ser o objeto da imputação, constitua a base empírica de uma decisão judicial, tal como a verificação do *periculum libertatis* para a decretação de uma medida cautelar. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 49).

⁶⁰¹ Essa expressão é de TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 45.

função do tribunal revisor? Julgar apenas a ‘questio juris’?”⁶⁰²

Aliás, na arguta observação de Cândido Rangel Dinamarco, se o juiz tiver conhecimento pessoal de fatos concretos relevantes para decisão, deverá se tornar testemunha. E, assim como “à testemunha não compete julgar”, “ao juiz não compete trazer informações fáticas ao processo”.⁶⁰³

Por fim, não há que se perder de vista que a função primordial do juiz, no exame das medidas cautelares pessoais, é proteger direitos fundamentais do imputado.

Como ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal,

o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).⁶⁰⁴

3.7.4. A estrutura da motivação

A racionalidade, de acordo com Carlos Bernal Pulido, se define como a propriedade

⁶⁰² STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 528.

⁶⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105, nota de rodapé n. 1, vol. III.

⁶⁰⁴ *Habeas Corpus* nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08. Merece transcrição, por sua relevância e clarividência, excerto do voto condutor do acórdão: “O combate à criminalidade, garantia da segurança pública, inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos Estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido, no entanto, ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório. Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo à Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do Estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como “já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado!” E isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em ordálias...”. E mais adiante: “(...) a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática. O resultado dessa perversa vinculação não tarda a mostrar-se, a partir dela, a pretexto de implantar-se a ordem, instalando-se pura anarquia. Dada a suposta violação da lei, nenhuma outra lei poderia ser invocada para regradar o comportamento do Estado na repressão dessa violação. Contra ‘bandidos’ o Estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo mossa da Constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial. Juízes que se pretendem versados na teoria e prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática, como diz Ferrajoli”. Acórdão disponível em <www.stf.jus.br>.

ou o atributo que se predica dos atos conforme à razão. Em se tratando de uma decisão judicial, cuida-se de estabelecer as condições que deve observar para que se repute racional, tais como a consistência da justificação, a exposição clara das valorações e ponderações realizadas, a correção lógica da argumentação, sua legalidade.⁶⁰⁵

Como decidir significa escolher entre alternativas juridicamente possíveis, a motivação tem por objetivo justificar racionalmente a decisão, demonstrando o caminho percorrido pelo juiz para chegar à sua conclusão, mesmo porque “justificar é, sobretudo, oferecer ‘boas razões’, entendidas como razões ‘persuasivas’”.⁶⁰⁶ Justificar uma decisão, portanto, é expor razões intersubjetivamente válidas, capazes de lhe dar o necessário suporte.⁶⁰⁷

A obrigação de motivar, aduz Manuel Atienza, “supõe o cumprimento de critérios formais (autoritativos e procedimentais) e substantivos, tendentes a assegurar que as decisões sejam acompanhadas de uma argumentação – motivação – adequada”.

Um bom argumento, uma boa fundamentação judicial, significa, pois, um raciocínio que tenha uma estrutura lógica reconhecível e que satisfaça um esquema de inferência válido – dedutivo ou não -, baseado em premissas, em razões, relevantes e suficientemente sólidas (ao menos, mais sólidas do que as que poderiam aduzir-se em favor de outra solução), e que persuadam de fato ou tendam a persuadir um auditório que cumpra certas condições ideais: informação suficiente, atitude imparcial e racionalidade.⁶⁰⁸

Segundo Perfecto Andrés Ibáñez, a noção mais óbvia de motivar é dar conta do ‘porquê’ cujo destino é ser intersubjetivamente valorado, pelo que há de exteriorizar-se e “contar com pressupostos explícitos suficientemente identificados, o que dará a imprescindível transparência ao discurso de suporte, tornando-o suscetível de controle racional”.⁶⁰⁹

Para Michele Taruffo, a sentença – e, por metonímia, a decisão judicial - é constituída de um conjunto de proposições, vinculadas entre si por nexos de caráter lógico-jurídico, e cada proposição é o seu “elemento atômico”, no sentido de menor elemento

⁶⁰⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 239-243. O autor observa que a racionalidade não pode ser valorada em graus, no sentido de que não é plausível asseverar que uma conduta seja racional em 40% ou 70%. Não obstante, cuida-se de um critério de julgamento para ordenar condutas como mais ou menos racionais.

⁶⁰⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 92-97.

⁶⁰⁷ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Iustel, 2005, p. 123.

⁶⁰⁸ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, pp. 548-549.

⁶⁰⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri : Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 83-84.

constitutivo.⁶¹⁰

Taruffo distingue, na estrutura da decisão, os seguintes componentes: i) enunciados normativos, que contêm os critérios jurídicos de decisão e enunciam a interpretação das normas aplicáveis que o juiz estabeleceu como ‘verdadeiras’ ou ‘válidas’ no caso particular (ou, em geral, a *ratio decidendi* jurídica determinada em todo caso); ii) enunciados fáticos ou descritivos que contêm a “verdade” judicial sobre os fatos da causa; iii) enunciados qualificativos, que contêm a qualificação jurídica dos fatos principais, à vista dos critérios estabelecidos nos enunciados normativos; e iv) enunciados prescritivos em sentido estrito, que estabelecem os efeitos jurídicos que a decisão destina-se a produzir no caso concreto.⁶¹¹

Para o processualista italiano, a racionalidade do juízo deriva da racionalidade do *iter* decisório: um enunciado é racional na medida em que seja racional o conjunto de operações das quais deriva a sua formulação. Assim, um enunciado normativo pode ser definido como racional ou não dependendo das operações hermenêuticas que conduziram a determinada interpretação da norma, e um enunciado *fático* pode ser considerado racional ou não na medida em que como tal possa qualificar-se o conjunto de operações cognoscitivas em que consistiu a verificação dos fatos. Em suma, a racionalidade do juízo deriva tanto da racionalidade das operações que conduziram à formulação das proposições que o constituem quanto da racionalidade de suas conexões - v.g., entre “norma” e qualificação jurídica dos fatos, ou entre a qualificação jurídica e extração dos efeitos jurídicos.⁶¹²

Na estrutura do raciocínio judicial, ressalta Antônio Magalhães Gomes Filho, o dever de motivação visa superar a assimetria entre o contexto da descoberta (o encontro da solução do caso) e o contexto da justificação (a articulação das razões que conduziram à decisão tomada), a fim de que, na maior medida possível, somente se chegue à decisão ao cabo do discurso justificativo. Embora, muitas vezes, o juiz decida com base em suas impressões pessoais (a íntima convicção ou certeza subjetiva) para, em seguida, aduzir

⁶¹⁰ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 52 e 242. Esse autor define proposição como “o conjunto de entidades linguísticas que expressa um ‘juízo’ [entendido como enunciado ou conceito] sobre um estado de coisas, uma pessoa ou, em geral, um objeto material ou imaterial”, e sua estrutura fundamental, do ponto de vista lógico, consiste na atribuição de um predicado a um sujeito. Anota, por fim, haver sinonímia entre proposição e enunciado, asserção, afirmação ou juízo (*Op. cit.*, pp. 53-54).

⁶¹¹ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 242-243.

⁶¹² TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 244-245.

outras razões para justificar formalmente sua decisão, a motivação tem por objetivo assegurar que o seu convencimento se forme apenas com base em razões confessáveis e controláveis.⁶¹³

Nesse sentido, Manuel Atienza anota que a teoria padrão da argumentação jurídica parte da distinção entre contexto da descoberta e contexto da justificação, circunscrevendo o estudo da argumentação jurídica a este último âmbito. Assim, uma coisa são os motivos (fatores causais) que levam o juiz a tomar uma decisão, e outra é assinalar as razões que permitem reputar essa decisão como aceitável, justificada. “Em outros termos, uma coisa são as razões que explicam a decisão, e outra são as que a justificam”, muito embora a linha divisória entre elas não seja muito nítida. A palavra “motivar” pode ser empregada nos dois sentidos, mas, quando se diz que os juízes têm o dever de motivar suas decisões, quer-se afirmar que devem justificá-las. Logo, reconstruir o esquema formal (lógico) da motivação de uma decisão judicial é uma operação que se desenvolve exclusivamente no contexto da justificação. Outrossim, a independência e a imparcialidade do juiz cumprem precisamente a função de fazer coincidir os contextos da descoberta (razões explicativas) e da justificação (razões justificativas). Em suma, motivar uma decisão judicial, significa indicar as razões que possam, mais do que explicá-la, justificá-la.⁶¹⁴

Ao analisar a estrutura da motivação, Antônio Magalhães Gomes Filho aponta os três modelos de racionalidade aptos a justificar uma decisão: i) dedutivo ou do silogismo judicial; ii) indutivo, e iii) retórico.⁶¹⁵

No primeiro modelo, a estrutura da decisão judicial se identifica com a de um silogismo, em que, da premissa maior, representada pela norma a ser aplicada, e da premissa menor, representada pelos fatos apurados na instrução criminal, se extrai a conclusão. Sua insuficiência deriva da falta de rigor na verificação do acerto das premissas e da preocupação maior com um critério de lógica formal.⁶¹⁶

⁶¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 94-95 e 122.

⁶¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, pp. 114-116 e pp. 146-147.

⁶¹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 96-103.

⁶¹⁶ *Idem, op.cit.*, pp. 98-99. Para Michele Taruffo, embora o modelo do silogismo judicial seja dotado de notável unidade e coerência interna, essa unidade estrutural se obtém com o descuido dos elementos não-lógicos ou não-dedutivos que também se encontram presentes no raciocínio judicial. Trata-se, para esse autor, de um instrumento lógico necessário na estrutura do raciocínio judicial, mas não único, dados a sua carência de valor heurístico; o risco de deformações de juízo geradas por seu uso indiscriminado, como a atribuição de status de certeza a uma conclusão que pode dela não se revestir, e o automatismo do *iter* lógico. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 158-168 e pp. 201-202).

Para Michele Taruffo, embora o modelo do silogismo judicial seja dotado de notável unidade e coerência interna, essa unidade estrutural se obtém com o descuido dos elementos não-lógicos ou não-dedutivos que também se encontram presentes no raciocínio judicial. Trata-se, a seu ver, de um instrumento lógico necessário na estrutura do raciocínio judicial, mas não único, dados a sua carência de valor heurístico; o risco de deformações de juízo geradas por seu uso indiscriminado, como a atribuição de *status* de certeza a uma conclusão que pode dela não se revestir, e o automatismo do *iter* lógico.⁶¹⁷

No modelo indutivo, o raciocínio judicial parte do caso particular para o estabelecimento de uma norma geral. Nega-se o valor do silogismo como modelo de racionalidade decisória, substituindo-se a vontade do legislador pela criatividade do juiz, no intuito de se chegar à solução mais adequada ao caso concreto.

Supõe-se que, levando em conta as peculiaridades de cada situação (sexo, raça, classe social, cultura, capacidade econômica etc.) das pessoas envolvidas, seria viável obter uma decisão mais justa, ainda que desatenda às regras postas pelo legislador.⁶¹⁸

Finalmente, no modelo retórico, “o essencial não é o esquema lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão, mas a justificação das escolhas realizadas”, através de argumentos racionalmente válidos e controláveis. Em outras palavras, mais importante do que a correção lógica da conclusão é a construção da justificativa para as suas premissas, a fim de que se possa aferir se, em face das razões apresentadas, a decisão é a melhor possível.⁶¹⁹

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, esse modelo não nega que a decisão judicial possa representar um silogismo ou, em certa medida, produto de uma criação do juiz; importa é que, numa ou noutra hipótese, as opções assumidas durante o processo decisório estejam devidamente justificadas, a fim de se sujeitarem ao indispensável controle. Desta feita, o modelo retórico não se prende a um único esquema de raciocínio, pois admite, nos casos rotineiros (*easy cases*), em que não há maiores questionamentos na subsunção do fato à norma, a mera dedução silogística, e exige, nos casos mais complexos

⁶¹⁷ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 158-168 e pp. 201-202.

⁶¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100-101. Segundo o autor, o denominado direito alternativo é um dos exemplos desse modelo. Criticando o direito alternativo, v. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 148-161.

⁶¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 101-102.

(*hard cases*), diferentes tipos de justificação, que se realizam nos planos interno e externo.⁶²⁰

Daí falar-se em justificação interna e justificação externa.⁶²¹

3.7.4.1. Justificação interna e externa na argumentação jurídica

Robert Alexy, ao abordar os traços fundamentais da argumentação jurídica, distingue dois aspectos da justificação: a justificação interna e a justificação externa. Na “justificação interna, verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção dessas premissas”.⁶²²

⁶²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 101-102. Claudio Papagno aponta que são diversas as opiniões a respeito de qual deva ser o raciocínio do juiz e as operações mentais que deve realizar para afirmar a existência ou inexistência de um evento passado. A problemática se concentra no tipo de metodologia utilizado na reconstrução dos fatos: dedutiva, indutiva e abductiva. Para esse autor, o raciocínio dedutivo parte de uma regra geral e chega à resolução de um caso particular, sem que haja um aumento do conhecimento empírico. Serve apenas para conectar um caso concreto à regra geral. O raciocínio indutivo parte do caso particular e, por inferência, se alcança uma regra geral. A verificação empírica, dada pela constante observação do mesmo resultado obtido em casos homólogos, é necessária à formulação da regra. Assim, a indução se baseia, sobretudo, na observação dos fatos e no raciocínio lógico. Já o raciocínio abductivo se origina de um caso concreto e chega, por inferência, através da aplicação de uma regra geral, a um outro fato particular. Por fim, Papagno afirma que o procedimento de reconstrução probatória não é único, mas sim composto de uma série de silogismos, com a consequente aplicação de todos os métodos: indutivo, dedutivo e abductivo. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 405-409).

⁶²¹ De acordo com Manuel Atienza, a terminologia “justificação interna” e “justificação externa” provem de um trabalho de Jerry Wróblewski, de 1971. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 103).

⁶²² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219. Para Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, e seu traço comum é a correção dos enunciados normativos. Sua especialidade deriva do fato de a argumentação jurídica ocorrer sob uma série de condições limitadoras, como a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes e seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito. Regem o discurso prático, dentre outras, as seguintes regras: 1) Regras fundamentais: 1.1) nenhum falante pode contradizer-se; 1.2) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; 1.3) todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes; e 1.4) diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados; 2) Regras de razão: 2.1) todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação; 2.2) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; 2.3.a) todos podem problematizar qualquer asserção; 2.3.b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; 2.3.c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; 2.4) nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos fixados em 2.2 e 2.3 mediante coerção interna e externa ao discurso; 3) regras sobre a carga de argumentação: 3.1) quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira distinta de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo (provando a existência da diferença relevante); 3.2) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; 3.3) quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; e 3.4) quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que a introduziu; 4) Regras de fundamentação: 4.1) quem afirma uma

Para Alexy, a justificação interna, discutida sob o nome de silogismo jurídico, se resume à estrutura formal da fundamentação jurídica e sua função é fazer “uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato”. Embora, estabelecidas as premissas, seja mínimo o esforço para extrair-se a conclusão, a justificação interna tem o mérito de explicitar tais premissas – que, de outra maneira, poderiam ficar ocultas.⁶²³

Assim, uma decisão encontra-se justificada internamente quando não existe incompatibilidade ou contradição entre os seus enunciados.⁶²⁴

Por sua vez, o objetivo da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna, as quais podem ser de tipos diferentes, tais como regras de direito positivo, enunciados empíricos ou premissas que não constituam nem aqueles nem estas.⁶²⁵

proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas; 4.2) as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos; 4.3) toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral; e 4.4) devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados, uma vez que o discurso prático tem por finalidade resolver questões práticas realmente existentes. (*Op. cit.*, pp. 31-34, pp. 186-205 e pp. 287-289).

⁶²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013, p. 227. Trata-se do chamado argumento *modus ponens*. Manuel Atienza anota que esse argumento pode ser assim estruturado: “a primeira premissa é uma proposição condicional formada por duas proposições: um antecedente e um conseqüente (se *p*, então *q*); a segunda premissa é a afirmação do antecedente do condicional (*p*) e a conclusão é a afirmação do conseqüente do mesmo condicional (*q*)”. A validade da inferência – a ponte sobre o abismo de que fala Alexy – “é dada por uma regra de inferência (formal) chamada *modus ponens*, que justifica o passo das premissas para a conclusão e pode ser assim formulada: a partir de um enunciado condicional e da afirmação do seu antecedente, se pode derivar a afirmação do conseqüente”. Inferir, portanto, “consiste em passar de uns enunciados a outros; é uma ação ou uma atividade. Uma inferência é o resultado dessa atividade”. Segundo Atienza, há inferências de caráter dedutivo e outras de caráter indutivo. Numa dedução, é impossível que as premissas sejam verdadeiras e a conclusão falsa (ex. matar alguém: pena de 6 a 20 anos. Tício matou Caio. Logo, Tício será condenado a uma pena entre 6 e 20 anos); na inferência indutiva, é possível que as premissas sejam verdadeiras, mas a conclusão não (A testemunha Tício viu o imputado Caio ameaçar a vítima Mévio com uma arma de fogo; a autópsia demonstrou que Mévio faleceu em razão de ferimentos provocados por arma de fogo; uma arma de fogo foi apreendida em poder de Caio. Logo, Caio matou Mévio). Na indução, é apenas provável (em maior ou menor grau) que, se os enunciados fáticos forem verdadeiros, a conclusão também o será. Finalmente, existe o argumento abduutivo, que se diferencia do dedutivo e do indutivo porque, com a abdução, surge uma nova ideia. Atienza exemplifica com uma história de Sherlock Holmes: um cavalo foi furtado à noite; ninguém ouviu os cães latirem durante a noite; os cães só ladram para os forasteiros; portanto, o ladrão do cavalo não foi um forasteiro, mas alguém de casa. Pondera Atienza que um argumento dessa natureza pode não ser aceitável no contexto da motivação de uma decisão judicial, por força da presunção de inocência e da exigência de determinado standard probatório, que requer que os fatos se reputem verdadeiros “além de toda dúvida razoável”. O argumento abduutivo é, na realidade, uma indução, que se caracteriza por cumprir uma função heurística (utilizada para conjecturar algo) e por ter caráter derrotável, revisável, pois ao que se faz referência quando se fala em abdução é mais à atividade de argumentar do que ao argumento visto como um resultado. Assim, no exemplo dado, a conclusão seria modificada se sobreviesse a informação de que aos cães fora ministrado narcótico. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, pp. 171-179).

⁶²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

⁶²⁵ Segundo Robert Alexy, a esses diversos tipos de premissas correspondem distintos métodos de

Como anota Cláudia Toledo, as regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente das assertivas expostas na fundamentação, ao passo que, na justificação externa, é averiguada a correção das próprias premissas, a fim de satisfazer-se a exigência de consistência da decisão jurídica. Com isto, promove-se sua controlabilidade, a qual somente pode ser feita pelo exame do procedimento racional de justificação efetivado, afastando-se, no maior grau possível, a arbitrariedade de um decisionismo.⁶²⁶

Manuel Atienza, em interessante artigo, aborda a questão da justificação interna e externa, ao analisar um caso difícil (“*hard case*”): a greve de fome, na Espanha, de presos que integravam os GRAPO (*Grupos Antifascistas Primero de Octubre*).⁶²⁷

Ao discorrer sobre o significado de “argumentar”, Atienza diz que, do ponto de vista da lógica, um argumento é um encadeamento de proposições, postas de tal maneira

fundamentação. “A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas de presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de argumentação jurídica”. Esses procedimentos de fundamentação se inter-relacionam: “na fundamentação de uma norma segundo os critérios de validade de um ordenamento jurídico pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade”, ou “o que se considera como fato na fundamentação pode depender da interpretação de uma regra do ônus da prova”. Alexy, ao tratar da argumentação jurídica, identifica diversas regras para aferição da correção das premissas expostas como fundamentação da decisão, tais como: i) os cânones da interpretação ou formas de argumentos (gramatical ou semântico; autêntico ou genético; histórico; comparativo; sistemático e teleológico); ii) a argumentação dogmática (que envolve a descrição do direito vigente, sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico- problemáticos) e iii) o uso dos precedentes, que importam em conferir o mesmo tratamento a situações análogas e impõem, a quem deles queira se afastar, a carga de argumentação. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp.228-278 e 287-293). Manuel Atienza, ao tratar da avaliação do raciocínio judicial, aduz que o critério lógico-formal, embora unanimemente aceito, tem pouca implicação prática, por ser relativamente difícil encontrar uma sentença em cuja motivação se tenha cometido erros lógicos em sentido estrito (erros inferenciais). Tampouco suscitam dúvidas os critérios de racionalidade básicos como os da não-contradição ou da necessidade de apresentar argumentos compreensíveis, relevantes e suficientemente completos para justificar a solução do caso. Atienza aponta, dentre outros, como critérios de avaliação mais importantes, os critérios: i) da universalidade (em sua dupla acepção: em sentido lógico, a premissa maior do silogismo judicial tem que ser um enunciado normativo de caráter universal; e em sentido pleno, como regra formal de justiça, o critério utilizado para construção da premissa normativa, a *ratio decidendi*, não pode ser *ad hoc*, mas sim válido para todos os casos semelhantes) e o ii) da coerência, tanto normativa (entendida não apenas como consistência lógica, mas também como compatibilidade da decisão com os princípios e valores do ordenamento jurídico) quanto narrativa (que permite considerar provada uma hipótese fática porque é a que melhor se enquadra com uma série de fatos provados, leis científicas, relações de causalidade, máximas de experiência etc.). (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, pp. 553-564).

⁶²⁶ TOLEDO, Cláudia. Apresentação. In ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, apresentação à edição brasileira, pp. 10-18.

⁶²⁷ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>>. Acesso em 30 de julho de 2014. Em 1989, presos desse grupo terrorista entraram em greve de fome e fez-se necessário decidir se a Administração deveria ou não alimentá-los contra a sua vontade, para preservar-lhes a vida.

que de umas delas (as premissas) se segue(m) outra(s) (a conclusão):

o exemplo tradicional e bem conhecido do silogismo tem Sócrates como protagonista: Todos os homens são mortais. Sócrates é um homem. Logo, Sócrates é mortal. Quem aceita a verdade das primeiras proposições (a mortalidade dos homens e a humanidade de Sócrates) se vê obrigado a aceitar também a última, a conclusão de que Sócrates é mortal.⁶²⁸

As premissas, portanto, são razões que servem de justificação para a conclusão.

Segundo Atienza, a justificação interna da conclusão é, tão somente, uma questão de lógica, vale dizer, que a inferência em questão, isto é, a passagem das premissas para a conclusão, é logicamente – dedutivamente – válida: quem aceitar as premissas deve também aceitar a conclusão. Ou, dito de outra forma, para quem aceitar as premissas, a conclusão está justificada.

A justificação interna, que se mostra suficiente quando a norma aplicável ou os fatos a comprovar não suscitam dúvidas razoáveis, já não o é nos casos difíceis, em que o estabelecimento das premissas normativa e fática se mostra problemático, quando se faz necessário apresentar argumentos adicionais – não puramente dedutivos - em favor das premissas. Esse tipo de justificação, “que consiste em mostrar o caráter mais ou menos fundamentado das premissas, é o que se costuma chamar justificação externa”.⁶²⁹

Luís Roberto Barroso aponta que a subsunção, como fórmula para compreensão e aplicação do direito, continua fundamental, mas é insuficiente para lidar com conflitos normativos que envolvam princípios.⁶³⁰

Há hipóteses, salienta Barroso, em que mais de uma norma pode incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor -, tutelando valores distintos e apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Assim, nos chamados casos difíceis, diante da insuficiência do método subsuntivo, exige-se um

⁶²⁸ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>>. Acesso em 30 de julho de 2014. Para o mesmo autor, “um argumento é uma razão a favor ou contra uma determinada tese. E uma linha argumentativa é um conjunto de argumentos orientados em um mesmo sentido: a defender uma tese ou a atacá-la”. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 425).

⁶²⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013.

⁶³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 356-357.

raciocínio de estrutura diversa, mais complexo e capaz de trabalhar multidirecionalmente, como a técnica do sopesamento.⁶³¹ Logo, “*la clave del razonamiento jurídico no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión, sino en el establecimiento de las premisas*”.⁶³²

No caso GRAPO, três conclusões, incompatíveis entre si, se apresentavam: considerar que a Administração estava autorizada a alimentar os presos à força, ainda que estivessem plenamente conscientes e se negassem a tanto; fazê-lo somente após o preso perder sua consciência, ou, finalmente, entender que a Administração não estava autorizada, em nenhuma hipótese, a adotar aquela medida.

Reafirmam-se, aqui, duas constatações: i) a já apontada inexistência de uma única solução correta ou mesmo a impossibilidade de identificação da solução mais correta, diante da indeterminação objetiva do valor dos pontos de partida do intérprete autêntico, no processo de justificação externa; e ii) a interpretação como um ato de conhecimento e de vontade, no sentido de escolha entre possibilidades, repita-se, dentro de uma série de condições limitadoras, notadamente a Constituição e a lei.

Diante dessa colisão de direitos fundamentais – vida x liberdade, entendida como autonomia pessoal –, o Tribunal Constitucional espanhol justificou sua opção em favor do primeiro, o direito à vida, baseando-se em três argumentos: i) o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva, que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte; ii) o Estado não pode contemplar passivamente a morte de pessoas que estejam sob sua custódia, perseguem fins ilícitos com uma greve de fome e cuja vida está legalmente obrigado a preservar e proteger, e iii) os reclusos estão numa relação de sujeição perante a Administração penitenciária, que pode impor limitações aos direitos fundamentais dos internos que se coloquem em situação de risco de morte em consequência da greve de fome.⁶³³

A sentença do tribunal, ao fixar essas três premissas, estabeleceu uma determinada interpretação da Constituição e da legislação penitenciária espanholas, que funcionou como premissas normativas do esquema de justificação interna. Já as razões que constituem a fundamentação dessas premissas compõem a justificação externa da decisão.

⁶³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.

⁶³² ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>>. Acesso em 30 de julho de 2014.

⁶³³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>>. Acesso em 30 de julho de 2014.

Conclui-se que, nos casos difíceis, a tarefa de argumentar em favor de uma decisão centra-se precisamente na justificação externa; a justificação interna continua necessária na estrutura do discurso jurídico, mas não é suficiente.

Verifica-se, pois, a capital importância da justificação externa na argumentação jurídica, e a complexidade do processo de construção das premissas normativa e fática da decisão judicial.

Todo o *iter* do processo decisório deve ser objeto de adequada justificação,⁶³⁴ o que compreende a motivação de direito e a motivação de fato.

A “motivação de direito” consiste na determinação da norma aplicável, pela identificação, por meio das técnicas de interpretação, das regras ou princípios a serem utilizados como parâmetro da decisão judicial, com a superação de eventuais antinomias de regras e colisões de princípios, mediante sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade.⁶³⁵

A “motivação de fato” consiste na seleção, com base em critérios jurídicos (admissibilidade) e lógicos (pertinência e relevância), do material probatório que servirá de base para a formação do convencimento judicial e na sua valoração, momento em que o juiz, após estabelecer a aptidão (idoneidade, credibilidade) de cada elemento obtido, examina o conjunto probatório e realiza as operações inferenciais necessárias à determinação do enunciado factual que será adotado como premissa do raciocínio decisório final.⁶³⁶ Michele Taruffo distingue três aspectos principais da justificação do “juízo de fato”: i) motivação quanto à admissão das provas; ii) valoração com que o juiz exclui a aceitação de determinados meios de prova; e iii) valoração relativa às conclusões probatórias, a partir dos fatos constatados. Ganham relevo, aqui, a motivação a respeito da

⁶³⁴ Michele Taruffo observa que, “do ponto de vista teórico, cada asserção do juiz é suscetível de justificação mediante argumentos que remetem a outras asserções, que também, por sua vez, podem ser justificadas do mesmo modo. Abre-se, assim, a possibilidade de um *regressus ad infinitum* ao largo de cadeias (potencialmente) ilimitadas de momentos justificativos (...), claramente incompatível com a necessidade prática de que a motivação seja expressada em um discurso ‘finito’ na forma e limitado em conteúdo”. Cuida-se, portanto, de “estabelecer que asserções devem ser justificadas expressamente e até que ponto pode ser explicitada a cadeia de argumentações que podem constituir a justificação em abstrato”, mesmo porque “o juiz não está obrigado a expor os ‘motivos dos motivos’”. Assim, pode ocorrer que a interpretação de uma norma não exija uma justificação articulada, se estiver fundada em jurisprudência consolidada, ou que a escolha de uma máxima de experiência não deva ser motivada, por ser do patrimônio comum de conhecimento. Por fim, Taruffo registra não ser possível formular regras gerais a respeito da “necessidade” e “suficiência” da motivação sobre os diversos enunciados de fato e de direito em que consiste a decisão. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 285-287).

⁶³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 106-119.

⁶³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 106 e 119-131.

declaração de inadmissibilidade da prova ou da sua irrelevância, e o livre convencimento judicial na configuração do juízo de fato, que não pode importar numa valoração subjetiva e incontrolável, mas sim numa justificação intersubjetivamente verificável.⁶³⁷

Em se tratando de uma medida cautelar de natureza pessoal, além de limites mais rígidos para sua adoção,⁶³⁸ inúmeras variáveis devem ser consideradas no respectivo processo de justificação externa, para a construção das premissas normativas e fáticas da decisão judicial.

O estabelecimento das premissas normativas exige a verificação da compatibilidade do ato normativo que prevê a intervenção no direito fundamental com a Constituição Federal, a fixação do significado de conceitos jurídicos indeterminados (v.g., ordem pública), a superação de conflitos normativos, o sopesamento e o controle de proporcionalidade.

Por sua vez, o estabelecimento das premissas fáticas da decisão, no âmbito das medidas cautelares de natureza processual penal, pressupõe o exame do *fumus commissi delicti* (pressuposto) e do *periculum libertatis* (requisito),⁶³⁹ entendidos, respectivamente, como “a aparência de existência do crime e sua autoria” e o “perigo de que o acusado, solto, possa impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva”.⁶⁴⁰

Ressalte-se, com Antônio Magalhães Gomes Filho, que a qualificação jurídica dos fatos consiste numa operação lógica que objetiva reconduzir um fato concreto ao tipo abstratamente previsto na norma. Não se trata de um momento autônomo ou posterior aos procedimentos de identificação da norma aplicável e de accertamento dos fatos, haja vista tanto a escolha quanto a interpretação da norma se dão, exatamente, em função da situação de fato em que sua aplicação é cogitada.⁶⁴¹

A aferição do *periculum libertatis*, portanto, demanda adequada valoração probatória e correta qualificação jurídica do fato demonstrado, a fim de se constatar se o

⁶³⁷ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 384-390.

⁶³⁸ Nesta seara, além da legalidade, impera o princípio da taxatividade. A lei deve estabelecer de modo rigoroso e taxativo as hipóteses de intervenção na liberdade pessoal. (CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 15, Vol. 2).

⁶³⁹ Para LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 780.

⁶⁴⁰ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 288.

⁶⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 140-141. O autor anota que a qualificação jurídica dos fatos não é momento autônomo e nem posterior aos juízos de direito e de fato, mas concomitante, sendo imprescindível a demonstração da racionalidade das escolhas feitas pelo juiz, dentro de um esquema de justificação interna e externa.

estado de liberdade do imputado, concretamente, representa um perigo que se enquadre nos *standards* legais.

3.8. Proporcionalidade

3.8.1. Terminologia. Princípio, regra, máxima, dever ou postulado?

A proporcionalidade é um dos temas mais complexos e controvertidos da teoria dos direitos fundamentais, haja vista as divergências quanto à sua natureza, estrutura normativa, origem histórica e fundamento constitucional.⁶⁴²

A controvérsia, aliás, inicia-se na própria terminologia: proporcionalidade é máxima, princípio, regra, critério, dever ou postulado?

Virgílio Afonso da Silva, em relevante artigo no qual discute essa questão terminológica, aduz que, no Brasil, o termo mais difundido é princípio da proporcionalidade, aceito sem qualquer aprofundamento quanto à sua natureza e estrutura. O termo princípio, nessa acepção, visa, “dada a sua forte carga semântica,” conferir maior importância ao conceito de proporcionalidade, mas não se enquadra na classificação de princípio como mandamento de otimização.⁶⁴³

Ao traduzir a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy,⁶⁴⁴ Virgílio Afonso da Silva, fiel à tradução direta do alemão, optou por máxima da proporcionalidade, denominação que, como veio a reconhecer em outra obra, é problemática: além de máxima não ser termo frequente na linguagem jurídica brasileira, “pode às vezes dar a impressão de que se trata não de um dever, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera recomendação”.⁶⁴⁵

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, autor do primeiro estudo monográfico, publicado na Espanha, sobre a incidência da proporcionalidade no processo penal, limita-

⁶⁴² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 310, em especial a nota de rodapé 153.

⁶⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 24-27, abril, 2002.

⁶⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, nota do tradutor, p. 10.

⁶⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168. Vide também ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 9-13, em que Virgílio Afonso da SILVA, na sua nota do tradutor, discute o uso dos termos “*Prinzip*”, “*Grundsatz*” e “*Satz*”.

se, sem maiores digressões, a qualificá-la como princípio.⁶⁴⁶ A intelecção da proporcionalidade como princípio, nesse caso, liga-se mais ao significado de “disposição fundamental”,⁶⁴⁷ à sua importância estruturante no ordenamento jurídico – algo a nortear exames e análises concretas (em decisões judiciais) e abstratas (em nível legislativo)⁶⁴⁸ – do que propriamente à sua natureza de espécie normativa.

Ocorre que, para qualificar uma norma como princípio, não importa o seu grau de fundamentalidade no sistema jurídico, mas sim a sua estrutura normativa. Princípios, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, são mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.⁶⁴⁹

A proporcionalidade, observa Virgílio Afonso da Silva, não segue esse raciocínio, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações. “Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”. Assim, tratá-la como dever é correto, “mas limita-se a contornar o problema e não o resolve. Se se fala em dever, fala-se em norma. E normas são ou regras, ou princípios”.⁶⁵⁰

Para Robert Alexy,

a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada de ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as

⁶⁴⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 16-69. No mesmo sentido, tratando a proporcionalidade como princípio: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 259-263. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 217-227. Suzana de Toledo Barros, em conhecida monografia, também se limita a denominar a proporcionalidade de princípio, sem incursionar na sua estrutura, embora se baseie na teoria dos princípios de Robert Alexy. Referida autora, ao abordar as variantes terminológicas, apenas trata dos termos ‘razoabilidade’ e ‘proibição do excesso’. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000, pp. 22 (especialmente nota de rodapé 4), pp. 67-72, p.81, pp. 153-159 e pp. 168-172).

⁶⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 26, nota de rodapé 13 abril, 2002.

⁶⁴⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 310, nota de rodapé 153.

⁶⁴⁹ A esse respeito, vide itens 1.1 e 1.2.

⁶⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 26, nota de rodapé 13 abril, 2002. _____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168.

máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.⁶⁵¹

Não se olvida que, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é uma regra sobre a aplicação de outras normas (tal como as três regras já indicadas para resolução de antinomias)⁶⁵² e não propriamente uma regra de conduta ou de competência, o que levou Humberto Ávila a denominá-la de postulado normativo aplicativo, por se tratar de norma que estabelece a estrutura de aplicação de outros princípios e regras, vale dizer, de uma metanorma.⁶⁵³

⁶⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117, em especial a nota de rodapé n. 84. Carlos Bernal Pulido também anota que, embora pareça uma contradição, o princípio da proporcionalidade não se define como um princípio, no sentido de uma norma que imponha um mandamento de otimização, mas um conjunto de regras que devem ser cumpridas, quando ocorram os pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade. (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 597). GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 239. Maurício Zanoide de Moraes, após registrar que, conforme se entenda a proporcionalidade como princípio, regra ou critério, a doutrina denomina esses elementos como “subprincípios”, “sub-regras” ou “subcritérios”, opta por denominá-los “requisitos intrínsecos”, “elementos” ou “fases” do exame de proporcionalidade. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313, e, em especial, a nota de rodapé 158).

⁶⁵² Vide item 1.3.1.

⁶⁵³ Segundo Humberto Ávila, a interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a determinadas condições essenciais, sem as quais ele não pode ser apreendido, denominadas postulados. Aduz que há os postulados hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do Direito, e os postulados normativos aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. O postulado hermenêutico mais importante é o postulado da unidade do ordenamento jurídico, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade, do qual o postulado da coerência, que impõe ao intérprete a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal e materialmente superiores, é subelemento. Já os postulados normativos aplicativos são normas sobre a aplicação de outras normas, que, por instituírem critérios de aplicação de outras normas, qualificam-se como metanormas ou normas de segundo grau. De acordo com Ávila, os postulados normativos aplicativos funcionam diferentemente dos princípios e regras, pois não se situam no mesmo nível: enquanto os princípios e regras são normas objeto de aplicação, os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. Os postulados, diferentemente das regras, não prescrevem, proíbem ou permitem comportamentos, não são cumpridos de modo integral, não podem ser excluídos do ordenamento em razão de antinomias e não se aplicam por mera operação de subsunção. Também, diferentemente dos princípios, os postulados não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Os postulados normativos aplicativos não constituem dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado, estabelecendo a estrutura de aplicação de princípios e regras. São, portanto, deveres estruturantes da aplicação de outras normas. Após registrar que Robert Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente numa categoria específica, pois utiliza, para sua definição, o termo princípio (*Grundsatz*), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras, Ávila afirma que, como os postulados situam-se em um nível diverso das normas de aplicação, defini-los como regras ou princípios contribuiria mais para confundir do que para esclarecer, tanto mais que o funcionamento dos postulados, a seu ver, difere muito do funcionamento dos princípios e regras. Em face do exposto, Humberto Ávila prefere denominar a proporcionalidade como um dever estruturante da aplicação de outras normas ou, mais precisamente, como um postulado normativo aplicativo. Aponta

De qualquer forma, isso não lhe retira a essência: a estrutura de regra, ainda que entendida como uma regra especial, uma regra de segundo nível ou uma meta-regra.⁶⁵⁴

3.8.2. Ainda a questão terminológica. Proporcionalidade, proibição do excesso e razoabilidade

José Joaquim Gomes Canotilho, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano e Gilmar Ferreira Mendes, dentre outros, identificam o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo” com o “princípio da proibição do excesso”.⁶⁵⁵

Ocorre que a proibição do excesso constitui apenas uma das vertentes da proporcionalidade. Como assinala Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade, além de instrumento de controle contra o excesso do poder estatal, tem sido utilizada para finalidade oposta, isto é, “como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais”. Desta feita, a possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal constitui razão suficiente para abandonar a sinonímia entre regra da proporcionalidade e proibição de excesso.⁶⁵⁶

que as metanormas permitem identificar as hipóteses de violação às normas cuja aplicação estruturam, mas que apenas “elípticamente” é possível falar-se em ofensa aos postulados propriamente ditos, como a proporcionalidade e a razoabilidade. “A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”. A violação dos postulados “consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação”. Por fim, anota a denominação que se dê à proporcionalidade é secundária, uma vez que o decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 133-149 e pp.171-175. Eros Roberto Grau afasta, com base em Alexy, a qualificação da proporcionalidade como princípio, mas concorda com Humberto Ávila quanto a denominá-la de “postulado normativo aplicativo”, ou seja, um “postulado normativo da interpretação/aplicação do direito”. A seu ver, a proporcionalidade, que “não passa de um novo nome dado à equidade”, é mero critério de interpretação. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 183-188. _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 282-283).

⁶⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 168-169. Referido autor reputa mais apropriado o termo regra, por entender que a denominação “postulado aplicativo normativo” não contribui para um incremento de clareza conceitual. De qualquer forma, admite que “para aqueles que pensam que não chamar uma regra de regra apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão das coisas, o recurso a outras denominações, como a de ‘postulado aplicativo normativo’ pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que também esses postulados têm a estrutura de regra”.

⁶⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 259 e 417. Essa sinonímia é utilizada por Gilmar Ferreira Mendes (In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225), e por GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 25. Ver, por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 26-27, abril de 2002.

⁶⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 26-27, abril de 2002. José Joaquim Gomes Canotilho, não obstante adote a apontada sinonímia, emprega o

Virgílio Afonso da Silva também aponta atecnia⁶⁵⁷ em se tratar proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos,⁶⁵⁸ como conceitos que guardam relação de fungibilidade⁶⁵⁹ ou próximos o suficiente para serem intercambiáveis.⁶⁶⁰

Segundo o constitucionalista, a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não apenas por sua origem histórica, como também pela sua estrutura. A razoabilidade ou, mais, precisamente, o “princípio da irrazoabilidade”, tem origem em 1948, na jurisprudência inglesa, que preconizava a rejeição de atos ou decisões que fossem excepcionalmente irrazoáveis (teste da irrazoabilidade), que nenhuma autoridade razoável adotaria.⁶⁶¹ A seu ver, mais frequente é associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que a trata como corolário do devido processo legal em sentido material.⁶⁶²

Por outro lado, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade, oriunda da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim”. Ela tem uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que são aplicados numa ordem pré-estabelecida, e que conferem à regra da

termo “proibição por defeito” para classificar a hipótese de medidas insuficientes para garantir uma proteção adequada de direitos fundamentais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 265).

⁶⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 27-34, abril de 2002. pp. 27-34. Sobre desproporção por proteção insuficiente, Laura Clérico. (CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 147-202). PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 806-811.

⁶⁵⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 70.

⁶⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁶⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005; SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302, nota de rodapé n. 65.

⁶⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 27-34, abril de 2002. pp. 27-34. No mesmo sentido, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283.

⁶⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 27-34, abril de 2002. pp. 27-34. Segundo esse autor, a primeira decisão da Suprema Corte Americana a fazer uso da exigência de proporcionalidade é de 1994. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 218-246. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 259-261 e pp. 448-451.

proporcionalidade uma individualidade que a extrema, nitidamente, da razoabilidade, ou seja, da mera exigência de que os atos estatais devam ser razoáveis, tanto mais que um ato pode ser considerado desproporcional sem que seja extremamente irrazoável ou absurdo. Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambas, controlar as atuações legislativa e administrativa, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.⁶⁶³

Humberto Ávila, cujo raciocínio merece ser transcrito, também distingue razoabilidade de proporcionalidade, embora enquadre ambas na categoria de postulado aplicativo normativo, por estruturarem a aplicação de outras normas.

Na lição de Ávila, a proporcionalidade exige que os poderes públicos, para a consecução de um determinado fim, escolham meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A razoabilidade, diversamente, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Os seus principais sentidos são: equidade, congruência e equivalência.

A razoabilidade, como dever de equidade, exige, segundo Ávila, a harmonização da regra geral com o caso individual e impõe, na aplicação do Direito, presumir-se o que normalmente acontece, e não o extravagante (v.g., presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, em vez de mentir ou agir de má-fé). A razoabilidade, portanto, atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso, nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização geral. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.

⁶⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 27-34, abril de 2002.

Em suma, para a aplicação da regra, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma. A razoabilidade expressa que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto, de modo a atuar na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e art. 3º da CF). Não há entrecruzamento de princípios nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.

A razoabilidade, como dever de congruência, exige, para Ávila, uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Não se analisa, aqui, a relação entre meio e fim, mas a correlação entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. O legislador não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, sob pena de violar a exigência de vinculação à realidade. Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias. Na primeira hipótese, veda-se a adoção de motivos arbitrários, sem que se discuta relação de causalidade entre meio e fim. Na segunda hipótese, também não se analisa relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Na razoabilidade como dever de congruência, deve haver uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: a qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.

Por fim, ainda na lição de Ávila, razoabilidade exige uma relação de equivalência (vinculação entre duas grandezas) entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Exige-se relação entre critério e medida, não entre meio e fim. Não há relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis (meio e fim), mas relação de correspondência entre duas grandezas.⁶⁶⁴

É nítida, portanto, a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade.⁶⁶⁵

Caso se entenda que a razoabilidade deriva do devido processo legal em sentido

⁶⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 163-172.

⁶⁶⁵ Nesse sentido, vide ainda GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 264-266, em especial nota de rodapé n. 26. Contra: Luís Roberto Barroso, para quem, a despeito da origem e desenvolvimento diversos, razoabilidade e proporcionalidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o bastante para serem intercambiáveis”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 372-373, em especial a nota de rodapé n. 62).

material (art. 5º, LIV, CF) e se traduz na exigência de compatibilidade entre a medida estatal e o fim visado, também não haveria identidade entre razoabilidade e proporcionalidade em sentido amplo, mas sim entre razoabilidade e uma das sub-regras da proporcionalidade, a da idoneidade ou adequação. “A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins (...)”.⁶⁶⁶

Humberto Ávila, embora não adote esse entendimento, observa que também seria possível enquadrar a razoabilidade, como dever de equidade, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, que “compreende a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais em conflito”.⁶⁶⁷ Mais uma vez, como esse exame constitui apenas uma das sub-regras da proporcionalidade em sentido amplo, reafirma-se a conclusão de que não há identidade entre proporcionalidade e razoabilidade.

3.8.3. Conexão entre teoria dos princípios e proporcionalidade. A proporcionalidade como decorrência lógica da natureza dos princípios

Robert Alexy assinala que há uma estreita conexão entre proporcionalidade e teoria dos princípios: a natureza dos princípios implica a “máxima” da proporcionalidade e vice-versa. A proporcionalidade e as suas três “máximas parciais” (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), portanto, decorrem logicamente da natureza dos princípios.⁶⁶⁸

Princípios são mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades (ou condições) fáticas e jurídicas do caso concreto. Enquanto a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, as sub-regras da necessidade e da adequação decorrem da natureza

⁶⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 32-34, abril de 2002.

⁶⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172.

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-117. Como já exposto, embora Alexy se refira à “máxima” da proporcionalidade e suas “três máximas parciais”, ele registra, na conhecida nota de rodapé n. 84, que “a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”.

dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Nos exames de adequação e necessidade, a ponderação não desempenha papel algum. Trata-se de impedir certas intervenções nos direitos fundamentais que sejam evitáveis sem custos para outros princípios, o que nada mais é que expressão da máxima de eficiência de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada. Já a proporcionalidade em sentido estrito se refere à otimização em relação às possibilidades jurídicas, campo por excelência da ponderação.⁶⁶⁹

A análise da proporcionalidade, portanto,

é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação. As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais. Se para o fomento do princípio *P1* há duas medidas estatais, *M1* e *M2*, que são igualmente adequadas para esse fim, mas *M1* restringe outro direito fundamental *P2*, é de se admitir que a otimização desse princípio *P2* exija que seja empregada a medida *M2*. Essa consequência da otimização de *P2* em relação às possibilidades fáticas presentes nada mais do que a já analisada sub-regra da necessidade. Já o exame da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento. Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais, e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁷⁰

Quando uma norma de direito fundamental, com estrutura de princípio, colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica de sua realização, em se tratando de normas válidas, dependerá do princípio colidente e a decisão exigirá um sopesamento, de acordo com a lei de colisão.⁶⁷¹ Como a aplicação de princípios válidos é obrigatória e para essa aplicação, nos casos de colisão, faz-se necessário um sopesamento,

o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.⁶⁷²

⁶⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-118, 165-171 (em especial a nota de rodapé n. 222) e 588-593. Do mesmo autor: La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 17.

⁶⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 43-44, abril de 2002.

⁶⁷¹ Sobre lei de colisão, ver Capítulo 1, item 1.3.2.

⁶⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo:

O exame da adequação também pode ser deduzido do caráter principiológico das normas de direito fundamental. Em termos lógicos, se uma medida *M1* não é adequada para realizar determinado objetivo *Z*, requerido pelo princípio *P1*, então *M1* não é exigida por *P1*. “Para *P1*, portanto, é indiferente se se adota a medida *M1* ou não. Se, sob essas condições, *M1* afeta negativamente a realização de *P2*, então a adoção de *M1* é vedada por *P2*, sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas”, raciocínio que vale para quaisquer objetivos, princípios e medidas.⁶⁷³

Também não apresenta maior dificuldade a dedução, desse mesmo caráter principiológico, do exame da necessidade.

A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo *Z* com base no princípio *P1* (ou *Z* é simplesmente idêntico a *P1*), Há pelo menos duas medidas, *M1* e *M2*, para realizar ou fomentar *Z*, e ambas são igualmente adequadas. *M2* afeta menos intensamente que *M1* – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – *P2* – exige. Sob essas condições, para *P1* é indiferente se se escolhe *M1* ou *M2*. Nesse sentido, *P1* não exige que se escolha *M1* em vez de *M2*, nem que se escolha *M2* em vez de *M1*. Para *P2*, no entanto, a escolha entre *M1* e *M2* não é indiferente. Na qualidade de princípio, *P2* exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, *P2* pode ser realizado em maior medida se se escolhe *M2* em vez de *M1*. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto *P1* quanto *P2* sejam válidos, apenas *M2* é permitida e *M1* é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas (...).⁶⁷⁴

3.8.4. Desnecessidade de fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade

O objetivo da regra da proporcionalidade, “como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições”.⁶⁷⁵ Cuida-se, assim, de um dos mais importantes “limites dos limites” à liberdade de conformação do legislador.⁶⁷⁶

Malheiros, 2011, pp. 116-117.

⁶⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011p. 120.

⁶⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 118-119.

⁶⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 24, abril de 2002. p. 24.

⁶⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 411-418. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211).

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, for atribuído maior peso ao princípio colidente. “Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”.⁶⁷⁷

Há quem pretenda derivar a regra da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito, do devido processo legal, da legalidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do princípio republicano, da dignidade da pessoa humana ou, ainda, do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.⁶⁷⁸

Ocorre que, como já exposto, a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorre logicamente da própria estrutura dos direitos fundamentais, e não deste ou daquele dispositivo constitucional. Essa “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”, que não exclui as demais já citadas,⁶⁷⁹ é, na visão de Carlos Bernal Pulido, a fundamentação mais sólida da proporcionalidade.⁶⁸⁰

É desnecessária, portanto, a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da

⁶⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296.

⁶⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 218-225. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 405. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000, pp. 85-94. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 42-44, abril de 2002. Como observa Carlos Bernal Pulido, para quem a toma como valor de justiça ou princípio inerente ao Estado de Direito, a proporcionalidade concretizaria um ideal de justiça material, uma vez que o excessivo é injusto por definição. Ocorre que, a seu ver, embora intuitivamente plausível, essa fundamentação é frágil, uma vez que do valor de justiça, etéreo e abstrato, não é possível deduzirem-se conteúdos concretos como a proporcionalidade. Quanto à vinculação da proporcionalidade ao Estado de Direito, parte-se da premissa de que esse conceito compor-se-ia não apenas por princípios formais, tais como o reconhecimento de um catálogo de direitos fundamentais, a submissão dos órgãos estatais ao Direito e a divisão de poderes, como também por princípios de justiça material, dentre os quais se destacaria a proporcionalidade. Esse vínculo, na visão de Pulido, é fraco, para não dizer inútil, por ser tão intuitivamente plausível como o nexos entre proporcionalidade e justiça. “Uma fundamentação sólida a partir do Estado de Direito exigiria um elevado grau de precisão conceitual do ponto de partida – o conceito de Estado de Direito – e na cadeia de premissas que compõem a fundamentação. O conceito de Estado de Direito, tão ambíguo quanto à ideia de justiça, agrupa uma gama de elementos. O problema é que se um conceito – Estado de Direito – é produto da indução de vários conceitos com características comuns, dificilmente se pode invocar dito princípio para fundamentar algum dos conceitos do qual se induz. A ideia induzida não pode servir de fundamento dos conceitos a partir dos quais se induz”. (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 605-608).

⁶⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120. A seu ver, todas as outras fundamentações da proporcionalidade, na medida em que forem relevantes, constituem “reforços bem-vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais”.

⁶⁸⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 601.

regra da proporcionalidade.⁶⁸¹

3.8.5. Proporcionalidade em sentido amplo

O exame da proporcionalidade em sentido amplo visa demonstrar se há ou não fundamentação constitucional para uma intervenção em um direito fundamental. Aplica-se, portanto, para estabelecer se uma restrição pode ser considerada constitucionalmente fundamentada ou se, ao revés, configura uma violação a um direito fundamental.⁶⁸²

Esse exame aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.⁶⁸³ De acordo com Humberto Ávila, sem uma relação de causalidade entre meio e fim, não se pode aplicá-lo, pela ausência dos elementos que o estruturam. “Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida”. É imprescindível, portanto, determinar o fim, entendido como “um estado desejado de coisas”, haja vista que

um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio. Mais do que isso, dependendo da determinação do fim, os próprios exames se modificam; uma medida pode ser adequada, ou não, em função da própria determinabilidade do fim.⁶⁸⁴

Diversamente da razoabilidade, que não pode ser mensurada por nenhum indicador objetivo,⁶⁸⁵ o exame da proporcionalidade em sentido amplo tem uma estrutura racionalmente definida, com três sub-regras⁶⁸⁶ independentes, que são aplicadas de maneira sucessiva e escalonada, de modo que a intervenção em um direito fundamental

⁶⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 44, abril de 2002. Ao ver desse autor, essa busca inclusive está fadada ao insucesso.

⁶⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 181. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 663.

⁶⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 179. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174.

⁶⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

⁶⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 30, nota de rodapé n. 29, abril de 2002.

⁶⁸⁶ Os termos variam, de acordo com a posição doutrinária: sub-regras (ou regras parciais), submáximas (ou máximas parciais), elementos (ou subelementos), subprincípios (ou princípios parciais), mas, qualquer que seja a terminologia adotada, cumprem, na estrutura de aplicação da proporcionalidade, as mesmas funções.

somente será constitucional se superar as suas exigências.⁶⁸⁷

Como afirma Virgílio Afonso da Silva, há uma ordem pré-definida para a aplicação dessas sub-regras: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que mantêm entre si uma relação de subsidiariedade. A seu ver,

Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁸⁸

Referido autor inclusive critica decisões judiciais que, invocando a proporcionalidade como “mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico e, não sistemático”, afirmam que, “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”, determinado ato é inconstitucional, sem qualquer referência a um processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade – ou seja, sem que se saiba se o ato foi declarado inconstitucional por ter sido considerado inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 692-693.

⁶⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 30 e p. 34, abril de 2002.

⁶⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 27 e p. 34, abril de 2002.

3.8.5.1. Do exame da idoneidade (ou adequação)

De acordo com a sub-regra da idoneidade (ou adequação), toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Não se exige que essa intervenção efetivamente alcance ou realize por completo esse fim, mas, tão somente, que se mostre idônea a favorecer a sua obtenção.⁶⁹⁰

Um fim é considerado constitucionalmente legítimo quando a sua consecução for ordenada ou permitida pela Constituição, e ilegítimo quando por ela proibido, explícita ou implicitamente.⁶⁹¹

A relação de fomento entre meio e fim pode ser analisada sob três aspectos: i) quantitativo: um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio; ii) qualitativo: um meio pode promover pior, tão bem ou melhor o fim do que outro meio, e iii) probabilístico: um meio pode promover o fim com maior, igual ou menor grau de probabilidade (ou certeza) do que outro meio. Sob esses aspectos, o exame da idoneidade apresenta uma versão fraca, pela qual basta que o meio possa, de alguma forma, promover o fim, e uma versão forte, que exige a escolha do meio que fomenta o fim na maior, melhor

⁶⁹⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 693. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 151-155. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.170. Como observa esse autor, a exigência de realização completa do fim perseguido, ao invés de sua simples promoção ou fomento, é inviável, já que dificilmente é possível precisar, de antemão, se a medida realizará, de fato, o objetivo proposto, em razão de naturais situações de incerteza empírica.

⁶⁹¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 696. Para Pulido, o princípio democrático conduz ao chamado “princípio da liberdade dos fins do Legislador”. “A atribuição constitucional ao Parlamento da competência para configurar os direitos fundamentais e para tomar as decisões mais importantes da vida política implica necessariamente a atribuição a este Poder da faculdade de propor legitimamente qualquer fim, sempre e quando este não seja proibido pela Constituição. Por conseguinte, a legitimidade dos fins das intervenções legislativas nos direitos fundamentais não deve ser concebida de modo positivo – quer dizer, mediante a fórmula: o Legislador só pode perseguir legitimamente os fins estatuídos no texto constitucional – senão de uma maneira negativa, ou seja: qualquer fim legislativo é legítimo, a menos que esteja proibido explícita ou implicitamente pela Constituição”. A seu ver, a proteção dos direitos fundamentais não se enfraquece em razão da aceitação do princípio da liberdade dos fins do Legislador, pois estes fins têm uma validade apenas *prima facie* e porque a intervenção legislativa que persiga favorecê-los deve cumprir em todo caso as exigências dos subprincípios da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial” (*Idem, op. cit.*, pp. 698-699, em especial a nota de rodapé n. 149). BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-130.

e mais segura medida possível.⁶⁹²

A versão fraca deve ser prestigiada. É suficiente, nesse teste absoluto e linear,⁶⁹³ de exame da simples relação de causalidade empírica entre meio e fim,⁶⁹⁴ que o meio possa contribuir para a promoção gradual do fim. Considera-se, portanto, adequado o meio que promova minimamente o fim, ainda que não o faça na maior medida possível, da melhor maneira e com o maior grau de probabilidade, vale dizer, ainda que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro. Isso porque, além de nem sempre ser possível identificar, dentre todos os meios igualmente adequados, qual é o mais intenso, o melhor e o mais seguro, a imediata exclusão de um meio que supostamente não preenchesse todos esses requisitos impediria a consideração de outros argumentos que pudessem justificar sua escolha, cuja análise não deve ser feita no exame da adequação, mas sim no da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁹⁵

Resta claro, portanto, que toda medida que tenha uma relação de causalidade positiva com seu fim imediato deve ser considerada idônea. Ao contrário, as medidas neutras ou negativas para a realização de dito fim devem ser catalogadas como carecedoras de idoneidade, vale dizer, uma medida não será idônea (adequada) quando não contribuir, de modo algum, para a obtenção de sua finalidade concreta (estado de coisas fático ou jurídico que deve ser alcançado).⁶⁹⁶

Nesse sentido, se o fim para o qual a medida se orienta for ilegítimo ou irrelevante, não há que se passar ao exame de sua necessidade. “A medida há de reputar-se de antemão

⁶⁹²CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 152-155. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 177-179.

⁶⁹³SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

⁶⁹⁴GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, pp. 241-245. Para o autor, “se o princípio parcial da idoneidade expressa o mandado a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas, o vínculo causal entre a medida e o fim perseguido é empírico, devendo, por isso, constatar-se a partir de premissas empíricas, construídas com base nos conhecimentos gerais da sociedade e especializados da ciência”.

⁶⁹⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 177-179. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 153-154. Segundo a autora, essa é a posição do Tribunal Constitucional Alemão, que dá por comprovada a idoneidade do meio selecionado pelo legislador com a simples possibilidade abstrata de fomento do fim.

⁶⁹⁶PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 719 e 730.

inadmissível por se absolutamente arbitrária”.⁶⁹⁷

A sub-regra da adequação tem, portanto, a natureza de um critério negativo: visa eliminar meios que não sejam adequados ao fim proposto.⁶⁹⁸

Um exemplo extraído da jurisprudência alemã bem ilustra o exame da adequação.

Um cabeleireiro foi multado por haver instalado, em seu estabelecimento, uma máquina automática de vender cigarros. As autoridades administrativas dele exigiram a demonstração de expertise comercial para manuseio do equipamento. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que essa exigência era inconstitucional, por violar a liberdade de exercício profissional, uma vez que a prova de competência profissional para operar a máquina automática não era adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde ou econômicos. Estavam em jogo, portanto, dois princípios: liberdade de exercício profissional (*P1*) e proteção ao consumidor (*P2*). Por ausência de adequação, a medida adotada – exigência de demonstração de competência profissional – não era capaz de fomentar *P2*, mas embaraçava a realização de *P1*. Não havia custos nem para *P1* nem para *P2* caso *M* não fosse adotada, mas haveria custo para *P1* se *M* fosse adotada. *P1* e *P2*, se considerados em conjunto, eram realizados em maior grau – relativamente às possibilidades fáticas – se se abrisse mão de *M*. Por consequência, *P1* e *P2*, considerados conjuntamente, proibiam a adoção de *M*.⁶⁹⁹

Registre-se que não há unanimidade em reputar a legitimidade do fim, também denominada justificação teleológica, uma exigência do exame de idoneidade.

Carlos Bernal Pulido anota que, para alguns autores, a legitimidade do fim é um dado “alheio e externo” ao princípio da proporcionalidade,⁷⁰⁰ ao passo que, para outros, trata-se de um subprincípio (ou sub-regra) independente na estrutura da proporcionalidade, erigindo-se à condição de quarto subprincípio (ou sub-regra).

A maior parte da doutrina, sem embargo, considera que a exigência de legitimidade do fim que sustenta a restrição ao direito fundamental forma parte

⁶⁹⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 99.

⁶⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

⁶⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 588-589.

⁷⁰⁰ Para, v.g., Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, o princípio da proporcionalidade requer que toda limitação a direitos fundamentais tenda à consecução de fins legítimos. A seu ver, a justificação teleológica não integra a proporcionalidade e constitui, ao lado do princípio da legalidade, um dos pressupostos em que ela se assenta. Nessa ótica, a legitimidade do fim seria um elemento externo à proporcionalidade. (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 69).

do subprincípio da idoneidade, que é um critério de controle que opera de maneira prévia a este subprincípio e aos sucessivos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁰¹

No mesmo sentido, Martin Borowski também observa que há quem divida o exame da idoneidade em dois subníveis, o da legitimidade do fim e o do favorecimento do fim. “Trata-se apenas de uma divisão do mesmo pressuposto”.⁷⁰²

3.8.5.2. Do exame da necessidade

Caso a medida a ser testada supere, com êxito, o teste da idoneidade (ou adequação), há que se submetê-la ao exame da necessidade, pelo qual se verifica se existem meios alternativos ao inicialmente escolhido e que possam promover igualmente o fim, sem restringir, na mesma intensidade, o direito fundamental afetado.⁷⁰³

Trata-se de um teste comparativo, de consideração das medidas alternativas que possam promover o mesmo fim,⁷⁰⁴ pois uma medida não será necessária se a sua finalidade puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado, ou restrinja-o com uma intensidade menor.⁷⁰⁵ Nesse sentido, “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”.⁷⁰⁶

Interessante observar que, no exame da necessidade de uma intervenção legislativa, o juiz deve perquirir a possível existência de outras intervenções menos gravosas, assumindo o papel de um diligente legislador na busca do meio mais apropriado.⁷⁰⁷ Não se

⁷⁰¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 695, nota de rodapé n. 138.

⁷⁰² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 129, nota de rodapé n. 218.

⁷⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 182. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 35, abril de 2002.

⁷⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.171.

⁷⁰⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 748. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 244.

⁷⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262.

⁷⁰⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009,

deve olvidar, contudo, que

a busca de meios alternativos pode ser interminável; esse afã conhece unicamente os limites da imaginação. Sem embargo, o Tribunal Constitucional deve escolher alguns, a fim de poder levar a cabo o exame da necessidade. Para esse efeito, o Alto Tribunal deve seleccionar aqueles que, de acordo com os conhecimentos científicos, técnicos, dogmáticos e gerais, existentes no momento da expedição da norma legislativa examinada, teriam podido ou poderiam ser idôneos de alguma maneira a contribuir à obtenção do fim legítimo perseguido pelo Parlamento (...).⁷⁰⁸

A primeira exigência do exame da necessidade é verificar se algum meio alternativo se reveste de idoneidade ao menos equivalente para facilitar a obtenção do fim. Não basta, pois, que esse meio alternativo contribua de alguma forma para alcançar o fim proposto: é imperioso que essa contribuição seja ao menos igualmente eficaz. Uma vez estabelecidos os meios que se revestem de idoneidade equivalente, a segunda exigência é verificar qual deles afeta menos intensamente o direito fundamental restringido.⁷⁰⁹

Um exemplo extraído da jurisprudência alemã ilustra o exame da necessidade.

O Ministério da Saúde proibiu a comercialização de doces que, apesar de conterem chocolate em pó, eram feitos à base de flocos de arroz, de modo que não eram produtos genuinamente de chocolate. A medida objetivava evitar que o consumidor fosse induzido a erro ao comprar a mercadoria. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que a medida adotada era apta a promover o fim pretendido – proteger o consumidor. Todavia, a proibição da venda não era necessária, uma vez que havia outra medida, igualmente eficaz e, ao mesmo tempo, menos gravosa: identificar a composição do produto no rótulo.

A ideia de otimização é facilmente identificável. O princípio da proteção ao consumidor (*P2*) é satisfeito de forma similar pelo dever de identificação no rótulo (*M1*) e pela proibição de comercialização (*M2*). Assim, para *P2* é indiferente se se adota *M1* ou *M2*. Mas isso não é assim para o caso da liberdade profissional (*P1*). *M2* intervém em *P1* de forma muito mais intensa que *M1*. Em face das possibilidades fáticas (*M1* ou *M2*), *P1* é satisfeito em um grau maior com a escolha de *M1* que com a escolha de *M2* sem que, com isso, surjam custos para *P2*. Por isso, a otimização de *P1* e *P2* veda a utilização de *M2*.⁷¹⁰

Em suma, a intervenção deve ser a mais benigna ao direito fundamental por ela

p. 204.

⁷⁰⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 742-743.

⁷⁰⁹ *Idem*, op. cit., pp. 744 e 748. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130.

⁷¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 590-591.

atingido, dentre todas as que se revistam ao menos da mesma idoneidade para fomentar a realização do objetivo proposto. Carlos Bernal Pulido, citando Bernhard Schlink, aduz que “[essa sub-regra] representa uma extrapolação ao Direito do conhecido ótimo de Pareto, segundo o qual uma situação é eficiente quando não se pode operar nenhuma mudança possível que melhore a posição de alguém, sem piorar a posição de outro”.⁷¹¹

Não por outra razão Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano denomina a sub-regra da necessidade como “princípio da intervenção mínima” ou “da alternativa menos gravosa”, que se situa “no próprio coração” da proibição do excesso.⁷¹²

Advirta-se, por fim, que não podem ser considerados meios alternativos aqueles que cumpram os pressupostos do exame de necessidade, mas afetem outras posições constitucionais.⁷¹³

Na comparação entre medidas potencialmente idôneas, afirma Virgílio Afonso da Silva, há duas variáveis a considerar: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Como se trata de duas variáveis, é mister precisar qual delas é a mais importante. Poder-se-ia imaginar que o meio menos gravoso sempre preponderará, mas nem sempre isso ocorrerá. O meio menos gravoso somente prevalecerá quando as medidas potencialmente idôneas forem igualmente eficientes na realização do objetivo. O critério decisivo no exame da necessidade, portanto, é a eficiência da medida. Se a medida mais eficiente for também a mais gravosa, a solução do meio menos gravoso não prevalecerá. De qualquer forma, essa escolha “não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo. Essa proteção é apenas deslocada para o terceiro exame (...)”, o da proporcionalidade em sentido estrito.⁷¹⁴

Como esclarece Laura Clérico,

se os meios alternativos (igualmente idôneos), restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados mas em maior medida outros direitos

⁷¹¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 740-741. Para Robert Alexy, existe uma clara conexão entre a sub-regra da necessidade e o critério de eficiência de Pareto. “De acordo com esse critério, uma constelação A é preferível a uma constelação B ‘se, com a passagem de B para A, nenhum dos envolvidos tem sua situação piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos tem sua situação melhorada’”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-118, pp.165-171 - em especial a nota de rodapé n. 222 - e pp. 588-593).

⁷¹² GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 189-190.

⁷¹³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 130.

⁷¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente relevantes para o caso, então a regra do exame do meio alternativo menos gravoso não oferece uma decisão; porque o meio estabelecido não é menos lesivo em todos os sentidos relevantes.

Assim, nem sempre após o exame da idoneidade surge um meio necessário ou alternativo menos lesivo, “por causa de razões estruturais e epistêmicas”. Trata-se dos chamados “casos duvidosos”, em que permanece em aberto o exame da necessidade, o qual “funciona como uma espécie de pré-estruturação do exame da proporcionalidade em sentido estrito”.⁷¹⁵

3.8.5.3. Do exame da proporcionalidade em sentido estrito

Caso a medida a ser testada supere os exames da idoneidade (adequação) e da necessidade, os quais são aplicáveis sem ponderação alguma, resta ainda a análise de sua proporcionalidade em sentido estrito.

A razão de ser desse último teste é facilmente explicável: se fossem suficientes apenas os dois primeiros exames (adequação e necessidade), uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional.⁷¹⁶

De acordo com esse exame, a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim por ela perseguido. Em outras palavras, as vantagens obtidas mediante a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios impostos ao seu titular. Faz-se uma comparação entre a intensidade da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim,⁷¹⁷ com base em uma argumentação jurídico-racional.⁷¹⁸

Nessa comparação, cabe indagar:

⁷¹⁵ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 174.

⁷¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174.

⁷¹⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 763-764. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 273. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 131.

⁷¹⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 57.

O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?⁷¹⁹

Trata-se, portanto, de um controle de sintonia fina, que indica a justeza ou não da solução alvitada,⁷²⁰ haja vista que, na feliz síntese de Juarez Freitas, “proporcionalidade significa, sobretudo, sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”.⁷²¹ Por tais motivos, Canotilho se refere à proporcionalidade em sentido estrito como “princípio da justa medida”.⁷²²

O centro do exame da proporcionalidade em sentido estrito é dado pela relação de peso dos argumentos que falam a favor e contra a restrição ao direito fundamental. Sua estrutura formal é conformada por dois pilares: a colisão e a ponderação.⁷²³

Assim, essa etapa consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a fim de se evitar que uma medida estatal, a despeito de adequada e necessária, restrinja direitos fundamentais além daquilo que a realização do fim perseguido possa justificar.⁷²⁴

Diversamente das regras, cujas antinomias ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios se dão na dimensão do peso. Quando princípios colidem, estabelecendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido. Será mister a fixação de relações condicionadas de precedência, ou seja, a determinação das condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.⁷²⁵

Não se trata de estabelecer uma precedência absoluta, em abstrato, de um deles, e sim de definir, com base no caso concreto e nas condições dadas, qual princípio terá precedência sobre o outro, uma vez que, sob outras condições, a relação de precedência

⁷¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

⁷²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

⁷²¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 197-198.

⁷²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 263. Quanto ao uso do termo “princípio” para conceituar a proporcionalidade, vide item 3.8.1.

⁷²³ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 183.

⁷²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

⁷²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 93-99. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 50-51.

poderá ser resolvida de forma contrária. A questão decisiva, portanto, é fixar sob que condições um princípio deve prevalecer e o outro deve ceder.⁷²⁶

A proporcionalidade em sentido estrito expressa a otimização dos princípios em relação às possibilidades normativas, determinada pelos princípios colidentes, razão por que ela é idêntica à primeira lei do sopesamento: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.⁷²⁷

A lei do sopesamento, e, por conseguinte, a fixação da relação de precedência de um princípio sobre outro, compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios (= a intensidade da intervenção); ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação (isto é, a intervenção) do outro princípio.⁷²⁸

Por sua vez, de acordo com a segunda lei do sopesamento, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.⁷²⁹ Essa segunda lei do sopesamento mostra-se de grande relevância quando de uma intervenção no direito de liberdade, notadamente a prisão preventiva, por exigir maior grau de probabilidade das premissas em que se assenta o *periculum libertatis*, vedando a mera suposição de sua existência, sem base empírica idônea.

Cuida-se, em suma, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, de estabelecer quais são as razões suficientes para que a um princípio se atribua um peso maior que a outro, contra o qual colide.

Torna-se imprescindível, aqui, fixar a magnitude, isto é, o peso, da importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva, pela intervenção,⁷³⁰ a partir de uma escala com graus de intensidade da afetação de um princípio e da importância da satisfação do outro.

O modelo mais comumente utilizado é o triádico, de três níveis ou graus de intensidade: leve (= reduzido, débil, fraco ou baixo), médio e grave (= sério, elevado, forte

⁷²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 95-99.

⁷²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593.

⁷²⁸ *Idem*, op. cit., pp. 593-594.

⁷²⁹ *Idem*, op. cit., pp. 167 e pp. 617-619.

⁷³⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 766.

ou alto).⁷³¹

Esse modelo de três níveis ou graus de intensidades não é forçosamente o único aplicável à ponderação, uma vez que já é possível ponderar a partir de somente dois graus (v.g., fraco e forte). É possível, ainda, mediante a aplicação daqueles três graus a si mesmos, elaborar uma escala mais refinada, com nove graus ou níveis (“modelo triádico duplo”), a fim de superar eventuais impasses de enquadramento da escala triádica simples: a) levíssima (= leve/leve); b) moderadamente leve (= leve/média); c) leve quase moderada (= leve/grave); d) moderada tendente para o leve (= moderada/leve); e) moderada propriamente dita (= moderada/moderada); f) moderada quase séria (= moderada/grave); g) levemente séria (= grave/leve); h) moderadamente séria (= grave/moderado); e i) seriíssima (= grave/grave).⁷³²

Ocorre que, se já não é fácil estabelecer se uma determinada intervenção é leve, moderada ou séria, quanto maior a sofisticação do escalonamento, mais se potencializam os problemas de sua aplicação. De qualquer forma, frente a outras alternativas, o modelo triádico simples já se mostra útil e eficaz, por refletir muito bem a prática da argumentação jurídica.⁷³³

Para expressar a “fórmula do peso”, destinada à resolução da colisão entre princípios, também existem complexas séries aritméticas ou geométricas em que se atribuem elementos numéricos crescentes (1,2,3), correspondentes a leve, médio e grave, aos níveis de afetação de um princípio e de importância da satisfação do outro,⁷³⁴ a fim de

⁷³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 599-600. _____. ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-26.

⁷³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 593-611. _____. ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-26 e 40. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 265.

⁷³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 610. _____. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 26.

⁷³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 593-611. ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-49. O autor usa a expressão “fórmula do peso” para tratar da colisão de dois princípios, e “fórmula do peso estendida” quando em um dos lados ou em ambos há vários princípios em jogo. PULIDO, Carlos Bernal. *La racionalidad de la ponderacion*. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 51-97. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 786-805. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 260-283. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais –*

tornar mais controlável a argumentação no sopesamento.

Virgílio Afonso da Silva pondera, todavia, que

não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas.⁷³⁵

Estabelecidos, como premissa do raciocínio, os referenciais da escala adotada, o próximo passo é atribuir os níveis ou graus de intensidade para mensurar a afetação de um princípio e o grau de importância de satisfação do princípio colidente.

Um conhecido exemplo, extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, bem ilustra a racionalidade dessa etapa. O dever imposto aos fabricantes de produtos derivados do tabaco de advertir os consumidores sobre os riscos para a saúde do ato de fumar constitui uma intervenção leve na liberdade de iniciativa e de exercício de atividade econômica. A proibição total de sua produção e comercialização é que constituiria uma intervenção séria. Por outro lado, de acordo com os conhecimentos científicos existentes, fumar causa câncer e doenças cardiovasculares.

Portanto, o peso das razões que justificam a intervenção é grande. Definidos, assim, a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão da intervenção como alto, então o resultado é facilmente perceptível. A forte razão para a intervenção justifica a leve intervenção.⁷³⁶

A desproporcionalidade em sentido estrito surgirá quando a importância concreta da satisfação do princípio colidente ficar abaixo do grau de intensidade da intervenção. A medida será desproporcional toda vez que a intervenção for mais intensa, em algum grau, do que a importância da satisfação do princípio colidente. Se uma forte razão para a intervenção justifica uma leve intervenção, uma leve razão para a intervenção não justifica uma forte intervenção.

Para a reprovação de uma medida no exame da proporcionalidade em sentido

conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 175-176.

⁷³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 175-176.

⁷³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 595. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 263.

estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. A desproporcionalidade em sentido estrito, portanto, não atinge somente as intervenções graves. Uma intervenção leve, que careça de justificação adequada, será desproporcional em sentido estrito.⁷³⁷

Por outro lado, a intervenção será proporcional em sentido estrito quando houver uma equivalência entre o grau de afetação da liberdade de locomoção e o grau de importância da realização do princípio colidente, uma vez que, “se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional”.⁷³⁸

Nesse sentido, para Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “a proporcionalidade, no processo penal, formula-se negativamente: “não se busca a decisão ‘proporcional’, mas sim evitar a claramente desproporcional”.⁷³⁹

Registre-se que o resultado da ponderação não tem importância apenas para o caso concreto. “Do ponto de vista dos destinatários (diretos e potenciais) desse resultado, quem pondera deve elevar a pretensão de que ante casos iguais ou similares o resultado dessa ponderação é *prima facie* vinculante para a resolução desse novo caso”. Seria incoerente, portanto, presentes as mesmas condições, deixar de aplicar a solução para casos futuros similares.⁷⁴⁰

Por fim, há que se enfrentar, dentro dos limites do presente trabalho, as críticas relacionadas à racionalidade da ponderação.

Segundo o argumento da incomensurabilidade, a proporcionalidade em sentido estrito tem caráter irracional, porque se trata de comparar duas grandezas que, diante de suas radicais diferenças, são insuscetíveis de comparação. Significa medir o que não é suscetível de ser medido, comparar o incomparável. Nessa ótica, uma ponderação somente seria considerada racional se os elementos que se ponderam pudessem ser reconduzidos a um denominador comum, que estabelecesse um padrão de comparação, o qual inexistia no campo dos direitos fundamentais.⁷⁴¹

⁷³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 41, abril de 2002.

⁷³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608.

⁷³⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 230.

⁷⁴⁰ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 194-195.

⁷⁴¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 182-184. Registra o autor: “De acordo com T. Alexander Aleinikoff, o argumento da incomensurabilidade pode ser expressado com o ditado

Embora não exista um referencial objetivo para metrificar os graus de intervenção e de satisfação dos princípios colidentes, a fim de se obter um cálculo de resultados intersubjetivamente inequívoco, a lei do sopesamento é válida porque diz o que deve ser fundamentado, de forma racional, para se justificar a prevalência de um princípio sobre outro: os graus de afetação de um princípio e de importância da satisfação do outro.⁷⁴²

Objeta-se ainda que, como os princípios não disciplinam a sua própria aplicação, o sopesamento ficaria ao arbítrio de quem sopesa, abrindo espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes.

Essas objeções são procedentes se com elas se quer dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.⁷⁴³

Como observa Borowski, diversas pessoas podem chegar a diferentes resultados sobre o peso e o grau de afetação de um princípio frente ao peso e à realização do princípio colidente, assim como sobre a relação de precedência entre ambos os princípios. “Este não é, todavia, um defeito específico do conceito de ponderação, senão uma propriedade que caracteriza todo procedimento decisório de questões normativas”.⁷⁴⁴

No modelo decisionista, o estabelecimento da relação de precedência entre princípios colidentes resulta de um processo psíquico não controlável racionalmente, em que o juiz decide de forma intuitiva e não intersubjetivamente controlável. Já no modelo

popular: ‘a comparação entre maçãs e laranjas é impossível’”. José Juan Moreso, ao criticar a escala de interferências leves, moderadas e graves de Alexy, afirma que somente podemos construir escalas ordinais ou cardinais quando houver uma propriedade claramente definida, tal como se sucede no teste de dureza dos minerais [Escala de Mohs]. Um mineral é mais duro do que outro quando o risca, mas por ele não pode ser riscado [O diamante, mineral de maior dureza da escala, risca todos os minerais, mas não é riscado por nenhum outro. O talco, mineral de menor dureza da escala, é riscado por todos os outros]. A dureza dos minerais, portanto, permite construir uma escala ordinal. “Não vejo como podemos fazer o mesmo com a interferência nos direitos fundamentais, dado que não estamos de posse de nada semelhante ao teste de dureza, nem sequer somos capazes de delimitar com clareza de que propriedade estamos falando frente à qual uma interferência pode ser qualificada como leve, moderada ou grave. E como há várias propriedades que são candidatas plausíveis a representar esse papel, podemos gerar várias escalas distintas entre si. Ou, dito de outro modo, só podemos construir uma escala se estamos de posse de conceitos métricos ou, ao menos, comparativos, e no âmbito da ponderação entre direitos somente dispomos de razões a favor e contra, pelo que unicamente podemos gerar conceitos classificatórios”. (MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 87-88).

⁷⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

⁷⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 163-164 e 594.

⁷⁴⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 56-57.

fundamentado, o juiz deve fundamentar, de modo racional, os enunciados que estabeleçam relações de preferência condicionada entre os princípios colidentes. Logo, um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.⁷⁴⁵

Em suma, “o problema não está *na* ponderação em si mesma, mas no *como* ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais”.⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 164-165.

⁷⁴⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 260.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

4.1. Mutação constitucional. A nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal

À época dos trabalhos da Assembleia Constituinte e da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema processual penal brasileiro era binário: prisão cautelar ou liberdade. Não havia opções intermediárias à disposição do juiz.⁷⁴⁷

Pelo regramento então vigente, se o agente fosse preso em flagrante, caberia ao juiz:⁷⁴⁸ i) relaxar imediatamente a prisão ilegal;⁷⁴⁹ ii) conceder a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando o agente tivesse agido sob o pálio de uma excludente de antijuridicidade, ou se estivessem ausentes os requisitos da prisão preventiva;⁷⁵⁰ iii) conceder a liberdade provisória mediante fiança;⁷⁵¹ ou iv) manter a prisão em flagrante, cujos efeitos se protraíam no tempo, caso presentes os requisitos da prisão preventiva, hipótese em que negaria a concessão de liberdade provisória.

Essa concepção se refletiu no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, o qual determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” - referindo-se, indubitavelmente, à prisão

⁷⁴⁷ Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27. Para o autor, “essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar”.

⁷⁴⁸ Havia hipóteses em que, preso em flagrante, o agente se livrava solto independentemente de fiança (infração a que não fosse cominada pena privativa de liberdade ou quando esta não excedesse a três meses) ou em que a autoridade policial, desde logo, podia arbitrar fiança (infrações punidas com detenção ou prisão simples), nos termos dos arts. 321 e 322 do Código de Processo Penal então vigente.

⁷⁴⁹ Art. 5º, LXV, Constituição Federal. Nada obstava que o juiz relaxasse a prisão em flagrante ilegal e, ato contínuo, presentes os respectivos requisitos, decretasse a prisão temporária ou preventiva do agente.

⁷⁵⁰ Art. 310, e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 6.416/77.

⁷⁵¹ Grande era a controvérsia a respeito da concessão de liberdade provisória mediante fiança. O art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 6.416/77, determinava que, ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deveria conceder a liberdade provisória mediante simples termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Por sua vez, o art. 324, IV, do Código de Processo Penal, determinava que não seria concedida fiança “quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva”. Assim, ou estavam presentes esses motivos, a impedir a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou eles se encontravam ausentes, o que determinava a concessão de liberdade provisória sem fiança – vale dizer, da forma menos onerosa ao imputado –, tornando inócua a previsão legal da fiança. A exceção, introduzida pela Lei nº 8.035/90, era o art. 325, § 2º, do Código de Processo Penal, segundo o qual não se aplicava o disposto no art. 310, parágrafo único, nos casos de prisão em flagrante por crime contra a economia popular ou de sonegação fiscal, hipóteses em que somente era admissível a liberdade provisória com fiança.

cautelar.

A Lei nº 12.403/11 promoveu profundas alterações nesse sistema.

Alargou significativamente o espectro de opções à disposição do juiz, com a previsão de dez medidas cautelares diversas da prisão,⁷⁵² a ela alternativas, e, principalmente, acentuou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.⁷⁵³

A prisão em flagrante é despida de natureza cautelar porque não visa assegurar os meios ou o resultado do processo,⁷⁵⁴ mas sim colocar o detido, imediatamente,⁷⁵⁵ à disposição do juiz para que analise a sua legalidade e adote ou não uma verdadeira medida cautelar,⁷⁵⁶ a teor do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403/11.⁷⁵⁷

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes aduz que a prisão em flagrante é uma prisão provisória sem finalidade cautelar, decorrente de razões materiais (“certeza visual do cometimento do crime pelo tido autor”), tanto que, no momento em que ocorre, nem sequer iniciou-se a persecução penal. Para esse autor,

a razão material identificável na prisão em flagrante, notadamente nas hipóteses

⁷⁵² Arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal. A obrigação de entregar o passaporte, prevista neste último dispositivo legal, não é propriamente uma medida cautelar, mas mero consectário da proibição de se ausentar do País. Por sua vez, a prisão domiciliar não constitui medida cautelar autônoma, mas forma de cumprimento da prisão preventiva, ainda que o art. 318 do Código de Processo Penal, de forma atécnica, afirme que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, quando presentes os requisitos alternativos, previstos no citado artigo. Não há propriamente substituição, pois o *periculum libertatis* exigido para a prisão domiciliar é exatamente o mesmo da prisão preventiva. O que muda são as condições pessoais do agente (maior de oitenta anos, acometido de debilidade extrema por motivo de doença grave, imprescindível aos cuidados de pessoa menor de seis anos de idade ou portador de deficiência, gestante a partir do 7º mês ou em quadro de gravidez de alto risco).

⁷⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 797.

⁷⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 62, vol. IV. Mario Chiavario, ao tratar da prisão em flagrante no Código de Processo Penal italiano (“arresto in flagranza”), também a classifica como uma medida pré-cautelar. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 697 e 701-706). No mesmo sentido, CAPRIOLI, Francesco. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 530-535.

⁷⁵⁵ Nos termos do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403/11, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão.

⁷⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 797-798.

⁷⁵⁷ Art. 310: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”.

de flagrante próprio (incisos I e II do art. 302, CPP), está em fazer cessar a conduta tida como criminosa e na qual o imputado é visto cometendo-a ou acabando de cometê-la. Para as hipóteses previstas nos incisos III e IV do mesmo dispositivo, a razão estaria em evitar que empreenda fuga com eventuais produtos do crime ou que eles sejam perdidos (...) e, também, agora muito mais por razões processuais, desapareçam os vestígios e objetos necessários para comprovação da materialidade e autoria.⁷⁵⁸

Efêmera, portanto, a sua força coercitiva, que somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante⁷⁵⁹ e a análise judicial da legalidade dessa prisão e da necessidade, ou não, de imposição de medida cautelar diversa da prisão ou, em último caso, de sua conversão em prisão preventiva.⁷⁶⁰

Inadmissível, portanto, a manutenção da prisão em virtude de mera homologação judicial da prisão em flagrante, pois esta não mais constitui título suficiente para que alguém permaneça custodiado.⁷⁶¹

Dignas de nota, ainda, as alterações legislativas, atinentes a medidas cautelares pessoais diversas da prisão, que antecederam a Lei n. 12.403/11.

A Lei n. 10.455/02, ao dar nova redação ao parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/95,⁷⁶² gerou o embrião legal⁷⁶³ das medidas cautelares que afetavam de modo mais

⁷⁵⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 387, em especial nota de rodapé n. 151. Contra: Andrey Borges de Mendonça, para quem a prisão em flagrante tem natureza cautelar porque visa evitar a prática, a consumação ou o exaurimento da infração penal (acautela o meio social); possibilita a imediata coleta e documentação dos elementos de informação (acautela a prova e, portanto, a investigação ou a instrução criminal) e impede a fuga do agente (garante a futura aplicação da lei penal). Essas finalidades, segundo o autor, subsumem a prisão em flagrante no art. 282, I, do Código de Processo Penal, e confirmam o seu caráter cautelar. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 134-135).

⁷⁵⁹ Ou, mais precisamente, a partir do momento da prisão-captura, vale dizer, do momento em que qualquer do povo ou a autoridade policial e seus agentes prendam em flagrante delito o infrator (art. 302, CPP).

⁷⁶⁰ Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 722. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 798.

⁷⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 799.

⁷⁶² Art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

⁷⁶³ Não se ignora que, antes da Lei n. 12.403/11, sem previsão legal, ao arrepio do princípio da taxatividade e a pretexto do exercício de um poder geral de cautela, havia decisões judiciais que impunham o recolhimento do passaporte do imputado como *conditio sine qua non* para a concessão ou manutenção da liberdade provisória. Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o argumento de que, com essa medida cautelar atípica, buscava-se beneficiar o imputado, evitando-se a sua prisão, era falacioso. As alternativas de então eram somente prisão cautelar ou liberdade provisória, no caso de flagrante legítimo. Logo, se não houvesse fundamento para a manutenção da prisão em flagrante ou para a decretação da prisão preventiva, no caso de imputado solto, a consequência deveria ser a liberdade – provisória, no primeiro caso, e plena, no segundo - sem o ônus da entrega do passaporte. (BADARÓ, Gustavo Henrique

intenso a liberdade de locomoção,⁷⁶⁴ mas se tratava de uma norma isolada, genérica e assistemática, que não previa consequências jurídicas para o seu descumprimento.

Posteriormente, a Lei n. 11.340/06, ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, aprimorou o regime legal de medidas cautelares, ao prever medidas protetivas de urgência “que obrigam o agressor”,⁷⁶⁵ aplicáveis isolada ou cumulativamente, e substituíveis a qualquer tempo por outra(s) de maior eficácia.⁷⁶⁶

Se, por um lado, essas medidas protetivas resguardavam primariamente os interesses da vítima, por outro, não deixavam de amparar o imputado, na medida em que, instituída legalmente uma gradualidade para a sua imposição, a sua liberdade não seria *prima facie* restringida em grau máximo, prevendo-se a decretação da prisão preventiva para “garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.⁷⁶⁷

Esse ciclo de profundas alterações, que culminou na Lei n. 12.403/11, deve importar na releitura do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, pois a literalidade da expressão constitucional “liberdade provisória”, atualmente, está muito aquém da real finalidade da norma constitucional e do bem jurídico por ela tutelado.

Adiante-se, desde logo, que não se trata de discussão meramente teórica ou acadêmica, mas de repercussão prática no campo da defesa dos direitos fundamentais, como se verá.

Como sabido, não é a Constituição que deve ser interpretada conforme a legislação infraconstitucional, ou a partir desta, mas sim o oposto.⁷⁶⁸

Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 760).

⁷⁶⁴ A Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) já previa, no seu art. 294, as medidas cautelares de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

⁷⁶⁵ Art. 22 da Lei n. 11.340/06: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios”.

⁷⁶⁶ Art. 18, § 2º, da Lei n. 11.340/06.

⁷⁶⁷ Art. 313, IV, do Código de Processo Penal (redação antecedente à Lei n. 12.403/11).

⁷⁶⁸ Virgílio Afonso da Silva, ao tratar dos princípios da interpretação constitucional, critica a denominada “interpretação conforme a constituição”, aduzindo que não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais. “A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a interpretação das leis, mas não para a interpretação constitucional”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 128-129. Não é por outra razão que José Joaquim Gomes Canotilho a ele se refere como

De qualquer forma, os métodos clássicos de interpretação – gramatical, histórica, sistemática e teleológica – se aplicam à interpretação constitucional.⁷⁶⁹

Sob o prisma histórico, o ordenamento jurídico brasileiro desconhecia medidas cautelares pessoais diversas da prisão quando promulgada a Constituição Federal de 1988, razão pela qual seu art. 5º, LXVI, limitou-se a tratar da liberdade provisória como única medida destinada a obstar a manutenção de uma prisão cautelar desnecessária.

Essa é a *occasio legis*,⁷⁷⁰ a circunstância histórica, a conjuntura em que editada a citada norma.

Registre-se que não há qualquer dificuldade de ordem semântica na interpretação do enunciado “liberdade provisória”, entendida como simples medida de contracautela “porque destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar”, subordinando o imputado “a imperativos que, sob a forma de ônus processuais, procuram vinculá-lo, de modo estreito, ao desenrolar do processo”.⁷⁷¹

Sua concessão pressupunha, como ainda pressupõe, uma situação de flagrância legal.⁷⁷²

Se a prisão em flagrante fosse ilegal, deveria ser relaxada, sem a imposição de qualquer ônus ao imputado, assim como, desaparecidos os pressupostos ou a situação de perigo que haviam autorizado a decretação da prisão preventiva, caberia, pura e simplesmente, sua revogação,⁷⁷³ restituindo-se a liberdade plena ao imputado, sem que outra medida cautelar menos invasiva pudesse ser imposta.

“princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição”, reputando-o, fundamentalmente, um princípio de controle, cuja função é assegurar a constitucionalidade da interpretação. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.099).

⁷⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 128-145. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116 e 142. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.084.

⁷⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

⁷⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 119-120. Vol. IV.

⁷⁷² Sobre liberdade provisória, vide item 5.5.

⁷⁷³ A liberdade provisória é incompatível com a prisão preventiva. Para José Frederico Marques, se o réu está em custódia, por força do decreto de prisão preventiva, não se pode determinar a substituição dessa cautela penal coercitiva pela liberdade provisória (com ou sem fiança). Nessa hipótese, o réu permanece preso ou então revogada fica a decisão que lhe impôs a prisão preventiva. Operada a revogação, reintegra-se o acusado em sua liberdade plena, “sem que se lhe possa impor qualquer uma das restrições advindas da liberdade provisória”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 127, Vol. IV).

É preciso, todavia, superando o textualismo,⁷⁷⁴ ir além da *occasio legis*, a fim de, pela interpretação teleológica, buscar a *ratio legis*, o seu fundamento racional, a “força vivente móvel que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento”,⁷⁷⁵ até porque a Constituição, no dizer de Canotilho, não é somente um texto jurídico estático e rígido, indiferente às alterações da realidade constitucional, mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. “O direito constitucional é um direito vivo, é um direito em ação e não apenas um direito nos livros”.⁷⁷⁶

Esse, de acordo com Luís Roberto Barroso, é o fundamento da chamada interpretação evolutiva, processo informal de reforma do texto da Constituição, que “consiste na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes”.⁷⁷⁷

Para Peter Häberle, “uma Constituição que fosse petrificada com conteúdos tradicionais perderia o seu próprio sentido: vincular a totalidade de um presente vital a um ordenamento adequado”. Os direitos fundamentais, segundo o jurista alemão, se referem a uma realidade social em constante mutação, razão por que a Constituição, como direito vivo e em movimento, deve estar aberta a novos conteúdos, assimilá-los e consolidá-los em sua própria normatividade. E a legislação infraconstitucional tem especial importância nas mudanças de conteúdo dos direitos fundamentais: ela pode ser a precursora de transformações de fundo, de novas ideias jurídicas que, por sua vez, repercutem na Constituição e nos direitos fundamentais.⁷⁷⁸

A norma constitucional, adverte Konrad Hesse, não tem existência autônoma em

⁷⁷⁴ Na lição de Juarez Freitas, “ir além do texto transforma-se em condição obrigatória para compreender a tradição na qual o texto se encontra”. Se as exigências prioritárias do sistema constitucional implicam *transcendência em relação ao texto*, o textualismo falha ao deixar de observá-las. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 319 e 336-339).

⁷⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

⁷⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1013, p. 1016 e p. 1101. Para Juarez Freitas, “o intérprete não deve desconhecer a abertura dialógica da constituição, porquanto é por intermédio dela (abertura) que assume a condição de grande e preferencial motor das mutações constitucionais (...)”. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 335).

⁷⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 145-146. De acordo com o autor, são duas as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional: i) reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado; ou ii) recurso aos meios interpretativos.

⁷⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 198-200.

face da realidade: existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”. Assim, interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁷⁷⁹

Como observa Eros Grau, “a interpretação do direito encaminha a atualização do direito”. A interpretação deve expor o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, e não no primitivo contexto da sua redação. Isso porque o significado da norma se altera na medida em que se alteram os contextos funcional e sistêmico nos quais ela opera.⁷⁸⁰

Opera-se, assim, uma mutação constitucional, vale dizer, uma alteração do significado do texto, sem modificação do seu teor literal, atualizando-se o sentido ou conteúdo da norma constitucional.⁷⁸¹

Ora, quais são os fundamentos do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal?

A prisão cautelar como *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deva recorrer, e a obrigatoriedade de adoção de medidas menos invasivas do direito de liberdade, a não ser que a cautelaridade se apresente, desde logo, em seu grau máximo.

Como já exposto, a liberdade provisória tinha por única finalidade impedir que alguém, detido em flagrante, fosse levado à prisão ou nela mantido. Não era – e continha a sê-lo - instituto destinado a tutelar a liberdade de locomoção de quem não tivesse sido preso em flagrante, o que conduzia à existência de um vácuo normativo entre os dois extremos (prisão e liberdade), agora preenchido por diversas medidas cautelares pessoais.

Poder-se-ia emprestar significado lato ao conceito de “liberdade provisória”, para o fim de nele subsumir as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, sob o fundamento de que elas também impõem certos ônus ao imputado que, caso descumpridos, podem determinar sua prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, Código de Processo Penal).

⁷⁷⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 13-23.

⁷⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-119. Nas suas palavras, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços: “o significado normativo de cada texto só é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional”. (*Op. cit.*, pp. 127-128).

⁷⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 145-146. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p.157.

A medida cautelar, nesse sentido, criaria para o imputado um estado de liberdade vinculada aos fins do processo penal,⁷⁸² à semelhança da liberdade provisória propriamente dita.

A melhor exegese, contudo, distingue “liberdade provisória” de medida cautelar, uma vez que aquela, diferentemente desta, pressupõe flagrância. Ausente esse estado coercitivo, é possível impor uma medida cautelar pessoal, mas não conceder “liberdade provisória”.

Assim, diante da nova realidade infraconstitucional, propõe-se a seguinte interpretação para o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Não se trata de uma modificação do enunciado normativo, do texto, que permanece inalterado, mas sim de uma atualização do seu significado, perfeitamente compatível com a *ratio* da norma e com a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, na medida em que aumenta o seu âmbito de proteção.⁷⁸³

Essa norma, que tem natureza de regra, densifica⁷⁸⁴ o princípio da liberdade de locomoção, ao acentuar o caráter excepcional da prisão cautelar e, como um direito clássico de liberdade, cria um dever estatal de abstenção (conduta negativa), consistente em garantir ao indivíduo uma esfera de proteção e autonomia, na qual o Estado não deve intervir, sem fundadas razões.

Também impõe ao Estado um duplo dever de agir (conduta positiva), que se traduz não apenas na obrigação de regular, por lei, a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão, mediante adequada tipificação e previsão de requisitos para sua

⁷⁸² José Frederico Marques inclusive partilha do entendimento de que “à liberdade provisória melhor caberia a denominação de liberdade vinculada”, mas aduz que a escolha do referido *nomen juris* se justifica pelo fato de pressupor, sempre, a prisão anterior ou a possibilidade de imediata prisão, bem como pelo fato de que o direito de se livrar solto se subordina a determinadas condições que, se descumpridas, levarão o agente a ficar detido em caráter cautelar e preventivo. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 122-123, Vol. IV).

⁷⁸³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 242-243. Segundo o autor, a constante ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais é uma projeção da sua dimensão objetiva. “Uma vez que esses direitos são escolhas axiológicas de alta relevância para a sociedade, aquela dimensão impõe aos agentes e órgãos que sempre atuem no sentido de ampliar o âmbito de proteção da norma”.

⁷⁸⁴ Densificar uma norma, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos casos concretos”. Assim, “densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e consequente aplicação a um caso concreto”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1075).

concessão (dimensão legislativa), como também na exigência de prestações fáticas positivas que possibilitem a sua concreta aplicação (dimensão administrativa). O direito fundamental de liberdade assume, nessa dimensão, uma natureza híbrida: é um típico direito de defesa (direito a uma ação negativa, a uma abstenção estatal) e também um direito a prestação, ou seja, a uma ação positiva do Estado, consistente em prover os meios necessários (prestação fática, material) para a concretização da medida cautelar pessoal. Portanto, os direitos a prestações não se identificam, exclusivamente, com os direitos fundamentais sociais de segunda dimensão.⁷⁸⁵

E não é só.

A interpretação evolutiva do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, ora proposta, eleva as medidas cautelares diversas da prisão ao abrigo da proibição do retrocesso social.

Esse princípio, de acordo com Canotilho, pode ser assim formulado: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio do desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”.⁷⁸⁶ Dito de outro modo, a legislação que desenvolva direitos à prestação é irreversível: quando esses direitos adquirem um determinado grau de realização, não se admite uma involução legislativa.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ Nesse sentido, ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 277. Sobre a questão dos direitos fundamentais como direitos a prestações, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 184-208. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 433-461.

⁷⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.

⁷⁸⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 391. Para um estudo mais aprofundado do princípio da proibição do retrocesso social, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 442-467. José Carlos Vieira de Andrade, por sua vez, critica o reconhecimento da proibição do retrocesso como princípio geral, “sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição”. Aduz que a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa, que seriam praticamente eliminadas se, em matéria de direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados. De todo modo, o professor de Coimbra pondera que os preceitos constitucionais relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais implicam uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas, a qual compreende, no mínimo, a proibição de eliminação dessas situações ou posições, aliada à circunstância de se tornarem mais visíveis

Embora vocacionada à proteção dos direitos econômicos e sociais (saúde, educação, moradia, direitos dos trabalhadores), a proibição do retrocesso, por identidade de razões, impede, na seara do direito de liberdade (direito de defesa), qualquer tentativa de supressão, pelo legislador infraconstitucional, das medidas cautelares diversas da prisão.

As sucessivas alterações legislativas em matéria de restrição à liberdade de locomoção instituíram, em obediência à norma do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, um sistema legal de proteção a esse direito, fundado na proporcionalidade, que prestigia as medidas menos onerosas e reforça a noção de prisão cautelar como *ultima ratio*.

Ao prever o atual quadro de medidas cautelares diversas da prisão, o legislador infraconstitucional atingiu um nível superior de realização do direito fundamental de liberdade, que não deixa margem para retrocesso, até porque “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”.⁷⁸⁸ Aliás, mesmo antes da Lei nº 12.403/11, Maurício Zanoide de Moraes, com base na proporcionalidade e na presunção de inocência, já preconizava que o legislador tinha “de criar uma série de medidas anteriores e menos invasivas que a prisão provisória”.⁷⁸⁹

Conclui-se, desta feita, pela inconstitucionalidade de eventual ab-rogação desse sistema legal de medidas cautelares diversas da prisão ou de sua derrogação, sem que outras medidas idôneas e menos invasivas que a prisão venham a ser contempladas.

4.2. Direitos fundamentais expressos e não-expressos. Direitos fundamentais implícitos e decorrentes (art. 5º, § 2º, CF)

Segundo Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais desempenham papel central no sistema jurídico em razão de sua (i) fundamentalidade formal, haja vista que, por se encontrarem no ápice da ordem jurídica, vinculam diretamente os três Poderes; e de sua (ii) fundamentalidade material, uma vez que, com base nelas, “são tomadas decisões

eventuais violações dos preceitos constitucionais, o que diminui a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio legislativo. “E poderá atingir um máximo, quando essas concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 307-309).

⁷⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.

⁷⁸⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 379.

sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.⁷⁹⁰

Como observa José Joaquim Gomes Canotilho, embora pareça desnecessária perante a fundamentalidade formal, somente a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para “a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente constitucionais”, bem como para a aplicação, a estes outros direitos, do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal.⁷⁹¹

Os direitos fundamentais, como qualquer direito, são históricos:⁷⁹² constituem direitos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, vale dizer, reconhecidos em dado momento histórico e em dada sociedade. São, portanto, “direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.⁷⁹³

Canotilho, após afirmar que não é suficiente uma qualquer positivação, pois a dimensão de direitos fundamentais impõe sua colocação “no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”, conclui, com Cruz Villalon: “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e

⁷⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 520-523.

⁷⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 349.

⁷⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183. De acordo com esse autor, os direitos fundamentais são históricos como qualquer direito: nascem, modificam-se e desaparecem. “Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas” e retira-lhes o caráter absoluto, no sentido de imutabilidade. Essa última afirmação do eminente constitucionalista, contudo, não pode ser aceita, diante da força expansiva dos direitos fundamentais (vide nota de rodapé n. 59). Contra o abandono da dimensão jusnaturalista: José Carlos Vieira de Andrade, para quem os direitos fundamentais devem ser considerados por três perspectivas: i) filosófica ou jusnaturalista, pela qual os direitos fundamentais, vistos como direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, são absolutos, imutáveis e inerentes à qualidade de homem de seus titulares, constituindo um núcleo (liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão) que se impõe a qualquer ordem jurídica; ii) universalista ou internacionalista, enquanto direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo, expressos em declarações, convenções e pactos que assinalam a preocupação internacional de garanti-los, e iii) estadual ou constitucional, enquanto direitos dos homens num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto. Essas três perspectivas recortam círculos concêntricos: o mais vasto, dos direitos constitucionais, e o mais restrito, dos direitos naturais (integrado por um núcleo limitado de direitos mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, como os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade). Para justificar o não abandono da dimensão filosófica ou jusnaturalista, Vieira de Andrade sustenta que a Constituição portuguesa não se arvorou em criadora dos direitos fundamentais nem os concebeu como mero produto de sua vontade constituinte, limitando-se, no seu núcleo essencial, a reconhecer os direitos fundamentais, que existem para além do catálogo que formulou e não estão sujeitos ao seu poder de livre disposição. Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio de valor que transcende a vontade política do Estado e ao qual se subordina o catálogo interno de direitos fundamentais. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 11-42).

⁷⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”.⁷⁹⁴

A incorporação de direitos fundamentais, a sua consagração jurídico-positiva,⁷⁹⁵ em normas formalmente constitucionais, que os subtrai da disponibilidade do legislador ordinário, denomina-se constitucionalização, cuja consequência mais notória é a proteção de direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade de atos estatais que neles intervenham. “Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.⁷⁹⁶

Por sua vez, o catálogo dos direitos e garantias fundamentais expressamente positivados pela Constituição Federal não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2, CF).⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 347.

⁷⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 422.

⁷⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 348.

⁷⁹⁷ A Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é uma teoria dos direitos fundamentais positivados pela Constituição alemã, a qual não contém norma similar à do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Talvez seja a razão pela qual, nessa obra, o autor não desenvolva a temática dos direitos fundamentais implícitos ou decorrentes e a distinção entre ambos. Alexy apenas aborda a questão ao tratar dos direitos a ações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo, tais como o direito ao trabalho, à moradia, a meios de subsistência, à educação), os quais aparta dos direitos de defesa do cidadão contra o Estado (direitos a ações negativas, a abstenções). Anota que a Constituição alemã é bastante cautelosa ao enunciar direitos a prestações, pois seu texto contém uma única formulação explícita de direito subjetivo a uma prestação: o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º). Assim, prossegue Alexy, uma interpretação que pretenda fundamentalar, no nível constitucional, direitos subjetivos a prestação “está obrigada a atribuir tais normas a dispositivos que não expressam normas que garantem direitos subjetivos a prestações”, mas servem de pontos de apoio para essa interpretação, como a obrigação dos poderes estatais de proteger a dignidade humana (art. 1º, § 2º, 2, da Constituição alemã) e a cláusula do Estado Social (art. 20, § 1º, e art. 28, § 1º, 1). Alexy invoca decisão do Tribunal Constitucional Federal que, ao tratar do auxílio social a cidadãos que, em razão de suas fragilidades físicas ou psíquicas, não estejam em condições de se sustentar, reconheceu o direito a um mínimo existencial como um direito fundamental social não-escrito, “isto é, que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental”. Cita, ainda, precedentes relativos aos direitos de livre escolha de instituição de ensino universitário e à criação de novas vagas nessa seara, submetidos à reserva do possível, que aquela corte deduziu dos princípios da igualdade, do Estado Social e do direito de liberdade previsto no art. 12, § 1º, da Constituição alemã. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 433-440). Como observa Ingo Wolfgang Sarlet, Alexy trata a dedução de posições jurídicas fundamentais subentendidas ou implícitas “como uma operação hermenêutica”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 92, nota de rodapé n. 262). Registre-se, por fim, que o art. 93, § 4º, “a”, da Constituição alemã, estabelece a competência do Tribunal Constitucional Federal para decidir “sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104”. Para Ingo Wolfgang Sarlet, esse dispositivo prevê a possibilidade de ação individual, perante aquela Corte, para defesa dos direitos fundamentais constantes do catálogo, bem como dos direitos equiparados ou análogos

Os direitos e garantias fundamentais expressos no art. 5º da Constituição Federal, desta feita, não constituem uma enumeração exaustiva (*numerus clausus*), mas sim uma lista aberta, exemplificativa, que admite a inclusão de novos elementos (*numerus apertus*).

Bem por isso Pontes de Miranda, ao tratar de norma similar do regime constitucional anterior,⁷⁹⁸ asseverava que uma de suas consequências “é refugar-se, a respeito dos direitos e garantias fundamentais, o princípio de interpretação das leis *inclusio unius alterius est exclusio*”.⁷⁹⁹

Trata-se, portanto, de uma cláusula aberta,⁸⁰⁰ “autêntica norma geral inclusiva”,⁸⁰¹ que permite que normas que estejam fora do texto da Constituição venham a integrar o denominado bloco de constitucionalidade, vale dizer, “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”,⁸⁰² e ganhem, por força do art. 5º, § 2º, o *status* de direitos materialmente fundamentais.

Temos, assim: i) direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal; ii) direitos e garantias expressamente previstos em tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte; e iii) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.

A Constituição de Portugal contém norma similar ao art. 5, §2º, CF: “Os direitos

elencados na citada norma. Anota que há ampla controvérsia quanto à possibilidade de existirem outros direitos fundamentais não constantes do catálogo (arts. 1º a 19 da Constituição alemã) ou não nominados na norma em exame (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 113-114, em especial nota de rodapé n. 351).

⁷⁹⁸ Art. 153, § 36, da Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

⁷⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 659, tomo V. Segundo Carlos Maximiliano, o brocardo “*inclusio unius, exclusio alterius*” significa que “a inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 198). A aplicação desse brocardo importaria que direitos e garantias não expressamente catalogados restassem excluídos da natureza de direitos fundamentais. Assim, por força da norma constitucional em questão, o regime anterior já admitia o reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos.

⁸⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 349.

⁸⁰¹ FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos aduz que o art. 5º, §2º, da Constituição Federal consagrou o princípio da não tipicidade constitucional, constituindo um portal que propicia o ingresso, no ordenamento jurídico, de normas materialmente constitucionais. Funciona, ainda, como “cláusula geral de recepção, porque confere aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, viabilizando, portanto, a incorporação de outros direitos fundamentais. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 712-713 e p. 717).

⁸⁰² LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos* – constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 17. Sobre legalidade e bloco de constitucionalidade, vide item 3.2.

fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (art. 16, §1º).

A doutrina portuguesa, em razão desse dispositivo, distingue: i) direitos fundamentais formalmente constitucionais, enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal, e ii) direitos materialmente fundamentais, reconhecidos por normas que não se revistam de forma constitucional. Distingue ainda: i) direitos fundamentais em sentido formal e material, os quais, além da forma constitucional, consideram-se materiais em razão de sua natureza intrínseca, e ii) direitos fundamentais em sentido meramente formal, que são aqueles meramente positivados pela Constituição e desvestidos de conteúdo fundamental.⁸⁰³

Uma vez que o caráter fundamental do direito não decorre de sua previsão ou especificação no texto constitucional, é mister encontrar um critério de substância para determinar o âmbito dessa matéria,⁸⁰⁴ que permita distinguir, “dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”.⁸⁰⁵

Embora se pretenda que a historicidade dos direitos fundamentais afaste toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas,⁸⁰⁶ a busca de um conceito material de direito fundamental necessariamente envolve essa temática.

Martin Borowski afirma que os conceitos materiais de direitos fundamentais pressupõem dois tipos de relação entre direitos fundamentais e direitos humanos. O primeiro tipo é uma relação de natureza definitiva: direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Assim, somente se considera conteúdo dos direitos fundamentais “aquela substância normativa” que, antes do processo de transformação, já formava parte do conteúdo dos direitos humanos e ainda o forma.

⁸⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 369-372. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 76-78. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição II – direitos humanos/direitos fundamentais*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 259-261.

⁸⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 78.

⁸⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

⁸⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, 2014, p. 183. O próprio autor afirma que a expressão ‘direitos fundamentais do homem’ “é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (*Idem, op. cit.*, p. 180). São situações, portanto, que preexistem à sua positivação.

Após anotar que essa posição traz o inconveniente de se revolverem discussões políticas sobre o conteúdo dos direitos humanos, Borowski opta por uma relação mais tênue e menos definitiva, “de natureza intencional”: direitos fundamentais são os que foram admitidos pela Constituição com a intenção de outorgar caráter positivo aos direitos humanos.⁸⁰⁷

Essa segunda posição – apesar de estabelecer uma relação entre direito natural e direito positivo -, por se referir apenas aos direitos positivados, não permite divisar o que se reputam direitos materialmente fundamentais não positivados, o que a primeira posição, ainda que de forma difusa, permite: conteúdo dos direitos fundamentais é “aquela substância normativa” que, antes do processo de transformação, já formava parte do conteúdo dos direitos humanos e ainda o forma.

Não por outra razão, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”.⁸⁰⁸

José Carlos Vieira de Andrade propõe um tríptico critério para definir a matéria dos direitos fundamentais, baseado: i) na importância do seu radical subjetivo (como atribuição de posições jurídicas subjetivas a todas ou certas categorias de indivíduos); ii) na sua função de proteção e garantia de determinados bens jurídicos ou posições; e, iii) essencialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁰⁹

O professor português sustenta que a dignidade da pessoa humana “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados”, que apresentam diferentes graus de vinculação com aquele princípio. Assim, o direito à vida, à liberdade física ou de consciência são explicitações de 1º grau da ideia de dignidade, como “atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos”, que modela seu conteúdo essencial, ao

⁸⁰⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 35-36. Para esse autor, direitos humanos são direitos morais, dotados da característica da fundamentalidade, “propriedade que alude à proteção e satisfação de interesses e necessidades fundamentais”. Afirma que, por esse motivo, os direitos humanos, dotados de validade universal, são o núcleo das teorias da justiça e representam uma medida de legitimidade do direito positivo (*Op. cit.*, pp. 30-31).

⁸⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 347.

⁸⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 84-85. Mais adiante, o autor afirma tautologicamente que “direitos fundamentais têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais”, e ressalva a dificuldade de se evitar o subjetivismo do intérprete na determinação do que é básico ou não (*Op. cit.*, p. 96). Sua proposta de distinção foi duramente criticada por José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outras razões, por rebaixar direitos fundamentais que não pressuponham a ideia de dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 372-373).

passo que outros direitos decorrem desse “conjunto de direitos fundamentalíssimos” ou completam-nos como explicitações de 2º grau, de acordo com circunstâncias sociais, econômicas, política e ideológicas, como o direito de manifestação, à saúde, moradia, férias remuneradas, os quais “não decorrem em toda a sua extensão do princípio da dignidade da pessoa humana”. Mesmo nessa segunda hipótese, conclui Vieira de Andrade, é o princípio da dignidade da pessoa humana “que está na base da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais”.⁸¹⁰

Analogamente, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que direitos e garantias em sentido material são “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.⁸¹¹

Parafraseando Ernst Forsthoff, essa posição doutrinária eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de genoma jurídico⁸¹² do qual derivariam todas as demais normas de direito fundamental, conferindo-lhe ainda o caráter de conteúdo essencial absoluto.⁸¹³ Tamanha amplitude gera problema de igual envergadura: toda e qualquer lesão a um direito fundamental poderia ser objeto de controle de constitucionalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, em razão da regra da subsidiariedade, aquilo que é abrangido pelo suporte fático⁸¹⁴ de um direito fundamental específico deve ser controlado a partir deste, e não, invariavelmente, a partir da dignidade da pessoa humana.⁸¹⁵

Como observa Carlos Bernal Pulido, nem toda intervenção desmedida nos direitos fundamentais implica necessariamente violação da dignidade do seu titular ou que este

deixe de ser tratado como um indivíduo pertencente à espécie humana e seja degradado a uma condição inferior. Portanto, deve-se aceitar que unicamente as medidas demasiado desproporcionais e referidas a certos direitos, tais como a liberdade pessoal, a vida ou a integridade física, poderiam ser eventualmente consideradas como intervenções estatais que também vulneram a dignidade humana.⁸¹⁶

⁸¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 102.

⁸¹¹ In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

⁸¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 577-578.

⁸¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192.

⁸¹⁴ Sobre suporte fático, vide item 2.2.

⁸¹⁵ Nesse sentido, embora se referindo ao confronto entre o direito geral de liberdade (art. 2º, § 1º, da Constituição alemã) e os direitos *específicos* de liberdade, (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 384-388).

⁸¹⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 603.

Virgílio Afonso da Silva inclusive aponta os graves problemas de se abrigar, sob o “enorme guarda-chuva” da dignidade da pessoa humana, situações que poderiam ser resolvidas a partir de outras normas de direito fundamental ou mesmo de natureza infraconstitucional, pois

há casos em que, independentemente do conceito e da abrangência que se dê à dignidade da pessoa humana protegida pelo art. 1º, III, da constituição, e independentemente da situação social do país, fica razoavelmente claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário.⁸¹⁷

Ante o exposto, assiste razão a Canotilho, ao propor que a melhor orientação é a de considerar “como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.⁸¹⁸

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que direitos fundamentais em sentido material, sejam eles implícitos, decorrentes ou escritos em tratados internacionais ou na própria Constituição, mas fora do catálogo, “somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”.⁸¹⁹

Logo, a fundamentalidade material, em se tratando de direitos implícitos ou decorrentes a que se refere o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, deriva da sua

⁸¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 193-196. Esse autor critica decisões do Supremo Tribunal Federal que recorreram à dignidade humana para decidir sobre inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários, para garantir o direito ao nome ou para trancar inquérito policial, sob o fundamento de que as mesmas decisões seriam possíveis e melhor fundamentadas se a ela não se recorresse. Após refutar a tese de que, no discurso jurídico, quanto mais argumentos em defesa de um ponto de vista, melhor, conclui que essa hipertrofia da dignidade da pessoa humana acaba por banalizá-la, degradando seu valor.

⁸¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 379. Neste particular, é mister ressaltar que a Constituição portuguesa, em seu art. 17, expressamente prevê a categoria dos “direitos fundamentais de natureza análoga” aos direitos, liberdades e garantias formalmente catalogados. Embora não seja fácil determinar seus contornos, Canotilho propõe que a tarefa de densificação metódica desses direitos deva procurar a analogia relativamente a cada uma das espécies de direitos, liberdades e garantias expressos, a fim de se beneficiarem do mesmo regime jurídico-constitucional (*Op. cit.*, pp. 370-371). José Carlos Vieira de Andrade entende que essa analogia deve respeitar, cumulativamente, dois elementos: i) tratar-se de uma posição subjetiva individual que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade da pessoa humana e, ii) poder essa posição subjetiva ser determinada a um nível que deva ser considerado materialmente constitucional. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 210-211).

⁸¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 91.

equiparação ou equivalência, em conteúdo e dignidade, aos direitos fundamentais nela catalogados.⁸²⁰

Em suma, há dois critérios para o reconhecimento de direitos materialmente fundamentais não catalogados, equiparáveis aos catalogados: i) dignidade, importância ou relevância social e ii) objeto ou conteúdo.

A escolha da norma constitucional que servirá de paradigma para o reconhecimento de um direito fundamental não expresso impõe, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, uma correta exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, a fim de se precisar o alcance e o significado das expressões “regime” e “princípios”.⁸²¹

Por “regime” deve-se entender o regime político, ou seja, o “complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico”.⁸²²

A Constituição Federal instituiu o regime político do Estado Democrático de Direito, inspirado nos valores da liberdade e da igualdade, e fundado no princípio da soberania popular (art. 1º e seu parágrafo único).

Essa expressão traduz, segundo Jorge Miranda, uma confluência de Estado de Direito e democracia, que “reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais”. Nele “há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade”.⁸²³

Como registra José Afonso da Silva, há estreita ligação entre regime político e direitos fundamentais: enquanto o regime político autocrático, estruturado de cima para baixo e fundado na soberania do governante, tolhe direitos fundamentais, o democrático, organizado de baixo para cima e fundado na soberania do povo, é “o regime de garantia

⁸²⁰ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, em se tratando de direitos implícitos, não há equiparação a fazer, uma vez que a própria norma já reconhece o direito fundamental não escrito. “Trata-se, portanto, de extrair do texto o que nele já está contido”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 92). Pensamos, todavia, que ainda assim caberá ao intérprete a carga de argumentação para demonstrar que o princípio implícito por ele deduzido se equipara, em conteúdo e dignidade, à norma de direito fundamental fonte.

⁸²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 93.

⁸²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 125-127.

⁸²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp.209-213, Tomo IV - direitos fundamentais.

geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”.⁸²⁴

Para Peter Häberle, os direitos fundamentais constituem o “fundamento funcional” da democracia: se esses direitos não fossem garantidos, a minoria não teria possibilidade alguma de se converter em maioria e o cidadão não teria como exigir responsabilidade dos “dominantes”, pois o direito de sufrágio e de voto pressupõe a liberdade de consciência, de opinião, de reunião e de associação.⁸²⁵

Luigi Ferrajoli aponta que a constitucionalização dos direitos fundamentais exprime a dimensão substancial da democracia, uma vez que eles ditam limites e vínculos de conteúdo aos poderes da maioria, que, de outra forma, seriam ilimitados. Nesse sentido, os direitos fundamentais, subtraídos da disposição da maioria, são normas substanciais sobre a produção legislativa e o conteúdo das decisões (vale dizer, ao que não é lícito decidir ou não decidir) e circunscrevem a esfera do indecidível, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade. Para Ferrajoli, dessas considerações resulta desmentida a concepção da democracia como sistema político fundado numa série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e o princípio da maioria constituem normas formais sobre o que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem, como já dito, a esfera do indecidível.⁸²⁶

Desta feita, o rol de direitos fundamentais positivados pela Constituição não exclui outros que decorram do regime político por ela adotado (Estado Democrático de Direito).

Já a análise da expressão “princípios”, constante do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, não se mostra isenta de controvérsia.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a expressão remete, exclusivamente, aos arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais) do Título I da Constituição Federal, de modo que, a seu ver, os direitos fundamentais decorrentes são posições jurídicas diretamente deduzidas daqueles princípios fundamentais, e tão somente deles.⁸²⁷

Essa interpretação restritiva, todavia, não pode subsistir.

⁸²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 126-127 e 134. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao lado dos regimes autoritário e democrático, anota ainda o totalitário, marcado por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda a mobilização política e pela concentração do poder em um pequeno grupo que não pode ser destituído por meios oficializados e pacíficos. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105).

⁸²⁵ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 20-21.

⁸²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pp. 25-26 e 108-111.

⁸²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 93-94.

A uma, porque o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não restringe a remissão aos princípios fundamentais descritos nos arts. 1º a 4º. A duas, porque, como afirma José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem, exprimindo um “conjunto de bens ou valores” que a Constituição recebe como dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional e que não se amontoam nem pura e simplesmente se somam. “Há ou tem de haver uma qualquer ordem entre eles, uma qualquer unidade que dê coerência e sentido a essa cultura constitucional”.⁸²⁸

De qualquer forma, e diversamente do que pretende o mestre de Coimbra, essa unidade não advém apenas do princípio da dignidade da pessoa humana, por ele tido como “valor-mãe”,⁸²⁹ mas é da própria essência do conceito de sistema, que pressupõe as noções de ordem e de unidade,⁸³⁰ de enfeixamento de princípios e regras num todo lógico, um complexo harmônico.

Nas palavras de Juarez Freitas, o intérprete está “vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores”: a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.⁸³¹

Ora, a redução do alcance da expressão “princípios” àqueles previstos nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal, ou, de forma ainda mais estreita, ao princípio da dignidade da pessoa humana, contrasta com uma interpretação sistemática dos direitos fundamentais.

Não se está, aqui, a menosprezar o significado e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do sistema de direitos fundamentais, “no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados”.⁸³²

⁸²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 106-107.

⁸²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 110-113.

⁸³⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Trad. Javier Barnés Vázquez e outros. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 2. Neste particular, segundo Norberto Bobbio, a unidade – juntamente com a coerência e completude – é um dos caracteres fundamentais atribuídos ao ordenamento jurídico. A unidade pode ser: i) substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas. Esta é a posição jusnaturalista, de acordo com a qual o direito constitui um sistema unitário porque todas as suas normas podem ser deduzidas, sucessiva e logicamente, de uma norma geral, que é a base de todo o sistema e constitui um postulado moral auto-evidente, como, v.g., a busca de conservação da sociedade humana (Pufendorf), a busca da felicidade (Thomasius) ou a garantia da liberdade do homem (Kant); ii) formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas. Trata-se da posição positivista, segundo a qual todas as normas são postas, direta ou indiretamente (mediante delegação) pela mesma autoridade, de modo que podem ser reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, pp. 198-203).

⁸³¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 76-79.

⁸³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado

Neste particular, não resta dúvida de que os direitos à vida, à liberdade e à igualdade estão umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, como já exposto, não se mostra necessária essa recondução a princípios de maior generalidade e, conseqüentemente, de menor densidade.

Como observa José Joaquim Gomes Canotilho, há princípios estruturantes (“traves-mestras jurídico-constitucionais”), constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, como o princípio do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio republicano, que ganham concretização por meio de outros princípios (ou subprincípios) – v.g., legalidade, que densificam os princípios estruturantes. Os princípios estruturantes, portanto, são densificados por princípios constitucionais gerais e especiais que os concretizam, e esse todo constitui um sistema.⁸³³

Assim como é despidendo reconduzir todo e qualquer princípio decorrente aos citados princípios estruturantes, também se mostra demasiado fazê-lo em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana - o qual, na ordem jurídico-constitucional brasileira, é considerado um princípio estruturante (art. 1º, III, Constituição Federal).

Como os direitos fundamentais constituem um sistema e o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal topograficamente se situa no Título III (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), a expressão “princípios” deve ser traduzida por “normas de direito fundamental” – compreendendo, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, princípios e regras -, a fim de lhe conferir a máxima eficácia possível.

Propõe-se, desta feita, a seguinte releitura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e das normas de direito fundamental por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Novas normas de direito fundamental, portanto, podem ser criadas diretamente a partir dos direitos e garantias fundamentais expressamente constantes do catálogo, sem a intermediação de princípios estruturantes.

José Afonso da Silva assim classifica os direitos individuais:

- i) Direitos individuais expressos, ou seja, explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º;

Editora, 2012, p. 109.

⁸³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1047-1049.

ii) Direitos individuais implícitos, quais sejam, os que estão subentendidos nas regras de garantias, “como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II)”, e

iii) Direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, “aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*”.⁸³⁴

Essa classificação recebeu justa crítica de Flávia Piovesan, pois os direitos decorrentes de tratados internacionais “são expressos, enumerados e claramente elencados, não podendo ser considerados como de difícil caracterização *a priori*”. Após classificar como direitos implícitos tanto os que estão subentendidos nas normas de garantias como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, Flávia Piovesan afirma que eles apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo.⁸³⁵

Pensamos, todavia, que não se deve tratar como gênero (direitos implícitos) o que é espécie e, como tal, não poderia compreender outra espécie (direitos decorrentes) de mesmo gênero. Em verdade, direitos fundamentais implícitos e direitos decorrentes são distintas espécies do gênero direitos fundamentais não-escritos ou não-expressos.⁸³⁶

⁸³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 196-197.

⁸³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 57-58.

⁸³⁶ A doutrina nacional é espartana na abordagem desse tema e não extrema direitos fundamentais implícitos de direitos decorrentes e nem aprofunda essa distinção. Limita-se, e isso quando o faz, a citar superficialmente a sua existência. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins não tratam dessa questão específica, mas sim da posição de direitos humanos garantidos por textos internacionais. Afirmam que o princípio que rege a matéria, denominado de complementaridade condicionada, está enunciado no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 30-36). Alexandre de Moraes menciona que o rol do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal é exemplificativo e que há possibilidade de reconhecimento de outros direitos e garantias de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 129-130. ———. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 290-291. Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a Constituição adotou um sistema aberto de direitos fundamentais, que a enumeração do art. 5º da Constituição não é taxativa e há direitos materialmente fundamentais que não expressamente rotulados como tais, cuja existência é possível deduzir. (In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 170-171). Manoel Gonçalves Ferreira Filho genericamente classifica os direitos fundamentais em explícitos e implícitos, incluindo nesta categoria os direitos decorrentes do regime e dos princípios (dentre estes, especialmente, o da dignidade humana) que a Constituição adota, sem maiores digressões a respeito.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais:

- i) Direitos expressamente positivados (ou escritos), compreendendo tanto aqueles explicitamente previstos no catálogo de direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal) quanto os direitos fundamentais positivados em tratados internacionais, e
- ii) Direitos fundamentais não-escritos, ou seja, que não foram objeto de previsão expressa no direito positivo, compreendendo duas categorias: os direitos fundamentais implícitos e os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios.⁸³⁷

Para Ingo Wolfgang Sarlet, implícito significa o que está subentendido, de modo que a categoria dos direitos fundamentais implícitos corresponde “a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado”; não se trata da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas sim da definição ou redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já positivado.⁸³⁸

Assim, enquanto nos direitos implícitos reconhecem-se posições jurídicas subentendidas nas normas de direito fundamental, sob o título de direitos decorrentes a Constituição Federal expressamente reconhece a possibilidade de se deduzirem novos

(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324). Uadi Lammêgo Bulos não distingue os direitos fundamentais implícitos dos decorrentes e registra que “o catálogo de liberdades públicas do Texto de 1988 inclui outros direitos, de envergadura constitucional, decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 712).

⁸³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 87. O autor, após questionar a própria necessidade de existência da norma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, sob o fundamento de que a dedução de princípios implícitos ou o reconhecimento de novos direitos fundamentais, em decorrência da força expansiva dos direitos fundamentais positivados, “é algo inerente ao sistema”, aduz que ela exerce função preponderantemente didática quanto a essas possibilidades, e autoriza expressamente o intérprete a fazê-lo. (*Idem, op. cit.*, p. 139). No mesmo sentido, Juarez Freitas assevera que outra Constituição democrática que não contenha similar cláusula expressa de abertura também poderá ser interpretada de modo sistemático, “não se restringindo o alcance das garantias justamente pelo manejo de princípios e regras constitucionais, a partir do reconhecimento da inerência da abertura do sistema”. (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209, nota de rodapé n. 49).

⁸³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 89 e 139.

direitos fundamentais, ou seja, direitos que não estejam expressa ou implicitamente previstos.⁸³⁹

4.3. A individualização da medida cautelar pessoal como direito fundamental decorrente

Há direitos fundamentais, tanto implícitos quanto decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, que, longe da vagueza, imprecisão, subjetividade ou difícil caracterização, têm conteúdo e objeto precisos e determinados.⁸⁴⁰

Um deles é o direito fundamental à individualização da medida cautelar processual penal de natureza pessoal. Trata-se de um novo direito fundamental, que decorre do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição Federal para tutela da liberdade de locomoção.

Como já salientado, a inviolabilidade do direito de liberdade (art. 5º, *caput*, CF) não o torna absoluto, haja vista que, como todo direito com estrutura normativa de princípio, é restringível.⁸⁴¹

Essa declaração de inviolabilidade expressa a pressuposição constitucional de uma carga argumentativa a favor do direito à liberdade, vale dizer, uma preferência *prima facie* a seu favor, reforçada por outros direitos fundamentais catalogados no art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inc. LVII); “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inc. LXI), “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (inc. LXV) e “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inc. LXVI).

A excepcionalidade da prisão ou de qualquer medida cautelar pessoal, como corolário da tutela constitucional da liberdade de locomoção, exige não apenas

⁸³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 89.

⁸⁴⁰ Ingo Wolfgang Sarlet cita o direito à desobediência civil, o direito de resistência, o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal e as garantias do sigilo fiscal e bancário (deduzidas do direito à privacidade). (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90).

⁸⁴¹ Vide item 2.1.

proporcionalidade na sua aplicação como também fundamentação idônea e individualização.

Se a fundamentalidade material de um direito implícito ou decorrente deriva de sua equiparação ou equivalência, em conteúdo e dignidade, aos direitos fundamentais catalogados, a norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental, não-expresso, à individualização da medida cautelar pessoal encontra-se no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena”.

Esse enunciado (disposição ou texto) contém uma norma,⁸⁴² pois expressa um dever: a pena deverá ser individualizada tanto no momento da elaboração legislativa, com a previsão, em abstrato, das penas e do método a ser judicialmente empregado na sua concretização, quanto de sua efetiva aplicação judicial.

Se, uma vez estabelecida a culpa, pressuposto para a imposição de pena, há o direito fundamental à individualização desta, *a fortiori*, durante o processo que poderá levar à formação daquela, caso se faça necessária uma intervenção no direito à liberdade, há o direito fundamental decorrente à individualização dessa medida cautelar.

Há, ainda, uma segunda norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental, não-expresso, à individualização da medida cautelar pessoal, que também decorre da nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, por força da mutação constitucional havida: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Diante do rol de medidas cautelares pessoais estabelecido pelo legislador e da prisão como *ultima ratio*, o juiz deverá obrigatoriamente partir da(s) medida(s) de menor intensidade para somente então alcançar a(s) de maior intensidade, por força da proporcionalidade e do princípio da gradual afluência na intervenção no direito fundamental de liberdade, individualizando a medida cautelar adequada e necessária à espécie.⁸⁴³

O direito à individualização, portanto, decorre do art. 5º, LXVI, da Constituição

⁸⁴² Sobre o conceito de norma, v. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 4-10. Para uma distinção entre norma e texto (= preceito, enunciado ou disposição normativa), e entre norma jurídica e norma de decisão, vide: Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 50-65. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.088-1.096. Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 59-85.

⁸⁴³ Sobre proporcionalidade, vide item 3.8. Sobre a gradualidade como característica das medidas cautelares pessoais, vide item 5.5.

Federal, por se tratar do meio para controlar se o juiz, no caso concreto, racionalmente justificou a necessidade e a adequação da(s) medida(s) escolhida(s), dentre a carta de medidas legalmente instituídas por determinação constitucional.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional.⁸⁴⁴

Há que se ter proporcionalidade tanto na imposição da pena quanto da medida cautelar pessoal. Quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental de liberdade e quanto mais precoce for o momento dessa intervenção, mais significativos ou relevantes devem ser os motivos que a justifiquem, a fim de que não se imponha ao imputado um ônus desproporcional ou mesmo intolerável. Aliás, de nada adiantaria prescrever-se a proporcionalidade da pena, se ela fosse precedida de medidas cautelares desproporcionais,⁸⁴⁵ notadamente nos casos de máxima compressão do direito de liberdade.

Nas palavras de Mario Chiavario, a individualização da medida cautelar, que deverá ter por parâmetro a natureza e o grau das exigências cautelares,⁸⁴⁶ não é importante apenas para determinar se alguma medida deve ou não ser aplicada, mas também, resolvido positivamente esse dilema, qual medida aplicar, de modo a orientar a escolha judicial quando seja teoricamente possível a aplicação de duas ou mais medidas compatíveis entre si.⁸⁴⁷

Deve, pois, haver um justo equilíbrio entre a intensidade da restrição imposta cautelarmente e os fins por ela almejados, atentando-se para a gravidade do fato, suas

⁸⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 206.

⁸⁴⁵ FLACH, Norberto. *A prisão processual penal: discussão à luz dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 96. Nas palavras de Siracusano, Galati, Tranchina e Zappalà, transcritas por Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, “(...) não se deve fazer o imputado pagar um preço que ele não será chamado provavelmente a pagar nem mesmo no caso de uma condenação”. (AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 11.403/11 comentadas artigo por artigo*. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 35).

⁸⁴⁶ Essa regra vem expressamente prevista no art. 275 do Código de Processo Penal italiano (“*Nel disporre le misure [292], il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari [274] da soddisfare nel caso concreto*”). Trata-se do princípio da adequação, previsto no art. 282, II, do Código de Processo Penal brasileiro.

⁸⁴⁷ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 741.

circunstâncias, as condições pessoais do agente e a situação de perigo gerada por sua liberdade (*periculum libertatis*).

Em suma, se a liberdade é a regra; se ninguém dela pode ser privado, senão mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, que respeite os princípios da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal; se existe um rol de medidas cautelares de afluência crescente, em que a prisão é a *ultima ratio*; e se, no caso de condenação, a pena deverá ser individualizada, da conjugação desses direitos fundamentais exsurge um novo direito de igual dignidade, decorrente dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º): o direito fundamental à individualização da medida cautelar processual penal de natureza pessoal.

O Supremo Tribunal Federal, embora sem recorrer à mesma fundamentação adotada neste trabalho, já reconheceu o direito à “personalização” ou individualização da medida cautelar pessoal.⁸⁴⁸

A individualização da medida cautelar pessoal, de acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy, tem a estrutura de regra, uma vez que, à semelhança da proporcionalidade, é aplicada de forma constante, sem variações,⁸⁴⁹ e “impõe um dever

⁸⁴⁸ *Habeas Corpus* nº 110.844/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 19/6/12, relativo a um paciente preso por tráfico de drogas, de cuja longa emenda citam-se os seguintes excertos: “O indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Logo, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização”. “A regra geral que a Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Instituto da prisão a comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º)”. “O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena)”. “Na concreta situação dos autos, o ato impugnado não contém o conteúdo mínimo da garantia constitucional da fundamentação real das decisões judiciais”. “A garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Pelo que a vedação legal à concessão da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), opera uma patente inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí entender o Supremo Tribunal Federal que a mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar, sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com tal presunção constitucional de não-culpabilidade”. No mesmo sentido: *Habeas Corpus* n. 111.166/MT, 108.508/SC, 108.802/MG e 106.463/PR, todos da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>.

⁸⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 26, abril de 2002.

definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”.⁸⁵⁰

A atribuição de dignidade constitucional ao direito à individualização da medida cautelar pessoal, além de expressar sua fundamentalidade e sua força irradiante no processo penal, tem repercussão no controle de constitucionalidade de espécies normativas e decisões judiciais.

Além do controle incidental ou concreto, pela via do recurso extraordinário (art. 102, III, “a”, da Constituição Federal), o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado (art. 102, I, “a”), poderá verificar a compatibilidade material de lei ou ato normativo com o direito fundamental em questão, assim como reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de medida para torná-lo efetivo (art. 103, § 2º, CF). Existe, ainda, a via subsidiária da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, CF), a fim de se evitar ou reparar lesão a esse preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º da Lei nº 9.882/99).

4.3.1. A dimensão subjetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal

Os direitos de liberdade, enquanto direitos de defesa, impõem ao Estado um dever de abstenção, de não-intromissão na esfera de autonomia individual, salvo quando houver necessidade de sua restrição para a solução de colisões com outros direitos, a exigir justificação constitucional e fundamentação idônea.

Em sua dimensão subjetiva, “os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais”.⁸⁵¹

Nesse sentido, constituem direitos subjetivos, na medida em que atribuem ao seu titular o poder jurídico de fazer valer, judicialmente, a consequência jurídica pelo descumprimento do dever correspondente.⁸⁵²

Sob esse prisma, a consequência jurídica da violação do direito subjetivo do imputado à individualização da medida cautelar é a exigência de cessação da intervenção,

⁸⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168.

⁸⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 186. Sobre os direitos fundamentais em sua dimensão ou perspectiva jurídico subjetiva, vide também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 151-155.

⁸⁵² Vide item 2.1.

porque desprovida de fundamentação constitucional, no direito de liberdade.⁸⁵³ Essa é, precisamente, a dimensão subjetiva desse direito fundamental.

4.3.2. A dimensão objetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal

Peter Häberle aponta que o Estado constitucional pretende que os seus textos se tornem realidade e se cumpram socialmente, reivindicando a realidade para si: “sua normatividade deve converter-se em normalidade”.⁸⁵⁴

Realizar a constituição, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, significa tornar juridicamente eficazes suas normas. Uma constituição, a seu ver, só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização, “tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição”.⁸⁵⁵

É mister, portanto, configurar a realidade para tornar efetivos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Para Konrad Hesse, apesar de a Constituição, por si só, não realizar nada, ela impõe tarefas e se transforma em força ativa se essas tarefas forem, de fato, realizadas, e se houver a disposição de orientar a própria conduta segundo os seus preceitos. Em suma, a Constituição converter-se-á em força ativa se houver, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.⁸⁵⁶

Os direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, ostentam uma dimensão objetiva, autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, uma vez que constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia dirigente da atuação dos poderes públicos, na medida em que contêm uma ordem dirigida ao Estado para que atue permanentemente na sua concretização e realização. Expressam, portanto, mais do que direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, valores fundamentais da sociedade.⁸⁵⁷

⁸⁵³ Vide item 2.2.

⁸⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 230.

⁸⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.074.

⁸⁵⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁸⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos*

Com a dimensão objetiva, procura-se ressaltar que

os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares; antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou *fins* que esta se propõe perseguir.⁸⁵⁸

Maurício Zanoide de Moraes, ao tratar da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, afirma que a estatuição de um direito fundamental estabelece critérios à atuação estatal na construção de toda uma infraestrutura normativa, organizacional e procedimental destinada à sua maior efetivação, independentemente da existência de um direito subjetivo concretamente violado, pois é dever do Estado criar previamente todo um arcabouço apto a propiciar o pleno exercício daquele direito fundamental. Aduz que,

nessa perspectiva, a dimensão objetiva não pauta e orienta a atuação do Estado apenas no instante em que o direito fundamental está sendo exercido por seu titular para a proteção do interesse (individual ou coletivo) contido na norma, mas também, e principalmente, em um momento anterior àquele exercício, a fim de propiciar as condições necessárias a uma efetivação mais abrangente possível.⁸⁵⁹

O direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, portanto, transcende o interesse meramente individual, obrigando o Estado a atuar positivamente para assegurar o seu pleno exercício.

4.3.3. Omissão estatal constitucionalmente relevante. Consequências

Omissão estatal, “em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”.⁸⁶⁰

O silêncio legislativo é a sua mais eloquente manifestação, entendido não como mera omissão do simples dever geral de legislar, mas como expressão do não cumprimento de normas que obrigam o legislador a adotar medidas legislativas concretizadoras da

fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 142-146.

⁸⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 144-145.

⁸⁵⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 240-241. Sobre direitos a organização e procedimento, vide ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 470-498.

⁸⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 917.

Constituição.⁸⁶¹

Há casos em que, não obstante cumprido esse dever legislativo, o silêncio administrativo, vale dizer, a omissão estatal em adotar as medidas administrativas concretizadoras da lei que garante a aplicabilidade de um comando constitucional, acaba por impedir a integral produção dos efeitos por este último almejados.

A omissão administrativa frustra a exequibilidade do comando constitucional, paralisa a vontade do poder constituinte e, precisamente, nessa conduta negativa reside a inconstitucionalidade.⁸⁶²

Nas hipóteses em que sua concretização dependa da intermediação positiva do administrador, de nada valeria um direito fundamental se ficasse ao exclusivo alvedrio da Administração Pública decidir se e quando agir.

A atuação do administrador, no campo dos direitos fundamentais, não é meramente discricionária, mas sim vinculada ao cumprimento dos fins constitucionalmente almejados, incumbindo-lhe agir com exação para atendê-los, sem procrastinação. Em outras palavras, não há margem para o administrador tergiversar.

Hans Kelsen, após observar que a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, aduz que é preciso “distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. A seu ver, “uma Constituição é eficaz se as normas postas desconformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”.⁸⁶³

Luís Roberto Barroso, ao tratar da eficácia social da norma, aduz, com apoio em Kelsen, que a

⁸⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 917-919. O autor separa as omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento derivado da não atuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstratamente impositivas, ou seja, que impõem a prossecução de certos objetivos. A seu ver, no primeiro caso a omissão pode ensejar ação de inconstitucionalidade, ao passo que no segundo, embora o descumprimento de fins e objetivos da constituição também seja inconstitucional, sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos.

⁸⁶² Para Gilmar Ferreira Mendes, “não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”. Um dos exemplos mais comumente empregados dessa omissão é a inércia estatal na organização dos serviços de defensoria pública, imprescindível para assegurar o direito à assistência jurídica aos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV, e do art. 134 da Constituição Federal. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à lei n. 9.869/99*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.188).

⁸⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 11 e 225.

efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Assim, ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.⁸⁶⁴

O art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, na exegese que propomos, determina que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança.

O grau máximo de efetividade dessa norma depende, diretamente, do grau máximo de concretização de todas as medidas cautelares legalmente previstas. Frustrar a concretização de uma delas, por ausência ou deficiência dos meios a tanto necessários, significa frustrar a própria efetividade do comando constitucional.

Tem-se, aqui, uma nítida projeção da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.⁸⁶⁵

O dever constitucional de legislar, portanto, imbrica-se com o dever constitucional de adotar as providências administrativas correlatas, sob pena de esvaziamento do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, e de se impedir a plena fruição de um direito fundamental.

Não se cuida, assim, de mera omissão ilegal, pois não é simplesmente o comando legal que está sendo desatendido. A omissão administrativa é constitucionalmente relevante por interferir, de forma direta, no direito de liberdade e no direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.

Das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, a monitoração eletrônica é a única cuja efetiva aplicação depende de providências administrativas concretas do Poder Executivo, vale dizer, de uma prestação fática positiva de sua parte, seja pela aquisição dos equipamentos necessários e

⁸⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 82-84.

⁸⁶⁵ Para Maurício Zanoide de Moraes, os direitos fundamentais, como cláusulas objetivamente inscritas no texto constitucional, produzem efeitos irradiantes, na medida em que vinculam todo o sistema jurídico (legislativo, judiciário, executivo), com o fim de assegurar que a criação e a aplicação do direito obedeçam um parâmetro constitucional de respeito e tutela daqueles direitos. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 249). Em outras palavras, por força de sua eficácia irradiante, os direitos fundamentais, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 147).

execução direta desse serviço, seja pela contratação de prestadora de serviço, obedecida, em qualquer caso, a lei de regência das licitações e contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93).

A União, os Estados e o Distrito Federal engatinham nessa área.

No Estado de São Paulo, por inexistência de equipamento disponível,⁸⁶⁶ ainda que o juiz entenda ser ela cabível na espécie, a monitoração eletrônica não pode ser imposta como medida cautelar diversa da prisão.⁸⁶⁷

Não se desconhece o custo e a complexidade operacional para a sua adoção em larga escala, mas, a par das vantagens do não encarceramento do imputado, insuscetíveis, em sua complexa dimensão, de quantificação, pois as desvantagens, tanto do ponto de vista individual quanto social, vão do recrutamento de mão-de-obra para facções criminosas à ruptura de laços afetivos e laborais, passando pela deterioração psíquica do detento e

⁸⁶⁶ No Estado de São Paulo, houve a contratação de monitoramento eletrônico (geo-referenciado), exclusivamente, para sentenciados que cumprem pena em regime semiaberto, por meio do Processo SAP/GS 1.103/2008 – Contrato 025/2010. Em 14/09/10, com prazo de vigência de 30 (trinta) meses, esse contrato foi firmado entre a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) e o Consórcio SDS para a prestação de serviços de monitoramento remoto de sentenciados. Os módulos são instalados em 3.000 sentenciados que saem diariamente para o trabalho externo e em outros 1.800 sentenciados, por ocasião, tão somente, de saídas temporárias. O valor inicial do contrato era de R\$50.140.072,00. O regime de execução contratual era de empreitada por preço global para “mobilização e *callcenter*”, e de preço unitário para os serviços de monitoramento e treinamento. A “mobilização” compreendia: planejamento inicial, logística e distribuição dos conjuntos de monitoramento, adaptação de infraestrutura de datacenter, cadastramento de usuários e perfis de acesso, testes integrados de sistemas, operação assistida de 60 dias e disponibilização inicial dos conjuntos de monitoramento. Por sua vez, o custo inicial diário de monitoração de cada sentenciado era de R\$15,28. Como a vigência do contrato se expirou em 14/03/2013, a contratação foi mantida por meio de termo de aditamento, com vencimento em 14/3/14. Por força de previsão contratual, o valor diário de cada monitorado foi reajustado para R\$18,64. Em suma, existem apenas 4.800 (quatro mil e oitocentas) tornozeleiras eletrônicas para monitoramento de aproximadamente 27.000 sentenciados que cumprem pena em regime semiaberto, sob responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária. São utilizadas para fiscalização de trabalho externo e de saídas temporárias (arts. 122, parágrafo único, e 146-B, II, ambos da Lei nº 7.210/84), embora a Lei de Execução Penal, no art. 146-B, IV, também preveja seu uso para fiscalização de prisão domiciliar. Importante observar que o art. 122 da referida lei prevê que o juiz pode conceder até cinco autorizações para saída do estabelecimento, por no máximo sete dias e sem vigilância direta, aos presos que cumprem pena em regime semi-aberto, com a finalidade de visita à família, frequência a cursos ou participação em atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social. Não há previsão legal de saída coletiva (impropriamente denominada de indulto) de páscoa, dia das mães, dia dos pais, dia das crianças, natal, ano novo etc. O problema dessas saídas coletivas indiscriminadas é que, em média, 20.000 presos são liberados nas ruas de uma única vez, a grande maioria sem qualquer fiscalização. Embora, por óbvio, não haja necessidade de submeter todos, indistintamente, à monitoração eletrônica, a atual quantidade de tornozeleiras é insuficiente para controle razoável dos seus beneficiários. Ideal seria que os juízes das execuções criminais melhor distribuíssem as autorizações de saída ao longo do ano, fracionando o contingente de liberados. Para atingir esse desiderato, na condição de então juiz assessor da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, promovemos, em 2012, reuniões entre todos os juízes de varas especializadas de execuções criminais e a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

⁸⁶⁷ A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por essa razão, expediu o comunicado CG nº 12.291/2011 (Processo nº 2011/85721), recomendando aos magistrados que evitassem a aplicação dessa medida, dada a absoluta inexistência de meios para sua execução.

potencialização da reincidência, a monitoração eletrônica é compensadora do ponto de vista financeiro, fator que deveria servir de referencial para as políticas públicas penitenciárias.

O custo médio de construção, no Estado de São Paulo, de um Centro de Detenção Provisória, estabelecimento destinado a presos provisórios com 768 (setecentas e sessenta e oito) vagas, é de R\$ 37.000.000,00 (trinta e sete milhões de reais), o que importa em R\$48.177,00 (quarenta e oito mil, cento e setenta e sete reais) por vaga construída, sem contar o custo médio mensal de manutenção de cada preso, na faixa de R\$ 1.300,00 a R\$ 1.400,00.⁸⁶⁸

Por sua vez, considerando-se o custo diário de R\$ 18,64 por sentenciado⁸⁶⁹ monitorado no Estado de São Paulo, em fevereiro de 2014, a monitoração eletrônica importaria num custo unitário mensal de R\$ 559,20.

Abstraindo-se a já apontada vultosa despesa com a construção do estabelecimento prisional e o seu impacto ambiental e social no Município que o recebe, a manutenção de um preso no sistema equivale, atualmente, ao custo mensal de 2,5 tornozeleiras eletrônicas.

Em projeções maiores, a manutenção de 100 (cem) presos provisórios equivale ao custo mensal de 250 (duzentos e cinquenta) monitorados eletronicamente em liberdade; a manutenção mensal de 768 (setecentos e sessenta e oito) presos num Centro de Detenção Provisória equivale a quase 2.000 (dois mil) monitorados eletronicamente no mesmo período.⁸⁷⁰

Note-se que, além do custo de construção de centros de detenção provisória, mais vagas no sistema prisional importam em mais agentes penitenciários, mais gastos com manutenção predial, limpeza e alimentação, mais despesas com o transporte de presos para audiências judiciais e mobilização de mais efetivos policiais para sua escolta, em detrimento de sua atividade-fim, o policiamento ostensivo e preventivo.

Em suma, a monitoração eletrônica é sempre mais vantajosa que o encarceramento, inclusive do ponto de vista financeiro, e essa vantagem deve ser considerada pelo administrador no gerenciamento dos recursos públicos e na formulação de políticas públicas penitenciárias.

⁸⁶⁸ Todos os dados citados foram obtidos diretamente do Gabinete do Secretário da Administração Penitenciária de São Paulo, em 17/2/14.

⁸⁶⁹ A monitoração eletrônica em São Paulo somente está disponível para sentenciados que cumpram pena em regime semiaberto, vale dizer, para a fase de execução de pena. Confira-se nota de rodapé n. 866.

⁸⁷⁰ É possível que essa proporção seja ainda mais significativa em outros Estados e na União, em função de suas especificidades e de gastos maiores com a construção de estabelecimentos prisionais e manutenção de cada preso no sistema.

Sua adoção em maior escala, como medida cautelar, além de reduzir a enorme pressão no sistema penitenciário, derivada da falta de vagas, poderá propiciar, em futuras licitações, um valor significativamente menor de contratação.

Nem se invoque a teoria da reserva do possível, que envolve uma ponderação entre os custos da concretização de um direito fundamental e a limitada capacidade financeira do Estado de solvê-los, para justificar a indisponibilidade da monitoração eletrônica, haja vista que se trata de mera alteração das diretrizes da política penitenciária.

Os recursos, embora finitos, existem, mas são canalizados para alimentar uma política de encarceramento, pela qual, ressalte-se, o Poder Judiciário é o principal responsável, uma vez que dele emanam as ordens de prisão cautelar.

Como os juízes, ao decretarem mais prisões, aumentam o número de encarcerados, não resta ao Poder Executivo alternativa, a não ser construir mais presídios. Esse é o círculo vicioso a ser quebrado e, para tanto, a monitoração eletrônica tem muito a contribuir.

A ampliação dos investimentos na monitoração eletrônica atende ao dever de eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF), uma vez se otimizam recursos (a mesma dotação atinge um universo muito maior de imputados) destinados a atingir o mesmo fim (resguardar o *periculum libertatis*), e pode ser o divisor de águas na política de encarceramento, na medida em que obrigaria os juízes a, fundamentadamente, se pronunciarem sobre a adequação e necessidade dessa cautelar no caso concreto, como uma das alternativas à prisão preventiva.

E não é só.

Dada a indisponibilidade, na União, nos Estados e no Distrito Federal, da monitoração eletrônica como medida cautelar, um dos meios mais eficientes de controle e fiscalização do imputado,⁸⁷¹ existe a possibilidade concreta de que juízes prestigiem a prisão preventiva e deixem de impor outras medidas cautelares diversas da prisão, por reputarem que estas não se afiguram suficientes para obviar o *periculum libertatis*, em face da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do imputado (art. 282, I e II, do Código de Processo Penal).

Não se está, aqui, a endossar essa posição, mas a se constatar uma real

⁸⁷¹ Há uma “mais valia” da monitoração eletrônica, que somente a experiência permite aquilatar. Conforme relato pessoal do Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Lourival Gomes, um dos maiores especialistas nessa área, o monitorado é considerado *persona non grata* entre criminosos. Na medida em que o equipamento de monitoração revela todos os locais que frequenta, o monitorado torna-se um proscrito em pontos de tráfico e locais de encontro de criminosos.

possibilidade, uma vez que a inexistência de meios para execução da medida cautelar de monitoração eletrônica não pode, por si só, implicar a decretação da prisão preventiva, em detrimento do direito de liberdade.

É imperioso retroceder-se, ao invés de se avançar na escala de restrições à liberdade de locomoção, pois a inércia do Estado não pode agravar a situação do imputado.

A omissão estatal em prover os meios necessários para implantação da monitoração eletrônica, caso ela seja aplicável no caso concreto, gera para o imputado o direito subjetivo à imposição de outra medida menos invasiva.

Qual seria essa outra medida? Não há como, em abstrato, se responder a essa pergunta, dada a impossibilidade de hierarquizar todas as medidas cautelares diversas da prisão, segundo o seu grau de restrição à liberdade. De todo modo, se a monitoração eletrônica, isoladamente, era a medida adequada e o imputado permaneceria em liberdade, v.g., para submeter-se a tratamento ambulatorial, seria um contrassenso impor-se como seu sucedâneo a internação provisória (art. 319, VII, CPP), que implicaria justamente a privação daquele direito.

Em suma, caso a monitoração eletrônica seja a medida a aplicar, mas não existam meios disponíveis, cumpre ao magistrado, dependendo do grau de cautelaridade exigido pelo caso, da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do imputado, aplicar outra(s) medida(s) diversa(s) da prisão, prevista(s) nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, de forma isolada ou cumulativa, se necessário.

Na hipótese de o magistrado desconsiderar esse dever e optar, desde logo, pela decretação da prisão preventiva, é possível recorrer-se ao remédio constitucional do *habeas corpus*, o qual, todavia, se limitará à correção de eventual ilegalidade no caso concreto (dimensão subjetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal).

Para sanar, de modo geral e abstrato, a apontada omissão administrativa inconstitucional e compelir o administrador a agir, assegurando-se a produção de todos os efeitos visados pelo art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (dimensão objetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal), há um instrumento jurídico de maior latitude.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão,⁸⁷² cuja finalidade é

⁸⁷² Poder-se-ia cogitar do manejo de outros instrumentos constitucionais, mas o único pertinente é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). O mandado de injunção pressupõe que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI, CF). Como o Código de Processo Penal, por força da Lei n. 12.403/11, prevê medidas cautelares diversas da prisão, não há que se falar em ausência de norma regulamentadora, o que afasta o cabimento desse

combater a denominada síndrome de inefetividade de normas constitucionais.⁸⁷³

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, registra-se um único precedente definitivamente julgado (ADI nº 19/AL),⁸⁷⁴ cujo objeto era uma omissão administrativa. Essa ação foi proposta pelo então Governador de Alagoas, Fernando Affonso Collor de Mello, e visava impedir que a Assembleia Legislativa pagasse vencimentos além daqueles estabelecidos em lei estadual, em cumprimento ao teto constitucional então previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o autor não pretendia que fosse suprida omissão para adoção de medida que se fizesse necessária ante norma constitucional, mas sim que a Assembleia Legislativa fixasse determinados limites quanto aos vencimentos de seus funcionários, o que seria bem diverso.

Receoso de que, conferida à ação de inconstitucionalidade por omissão a amplitude pretendida, para abranger “a prática de qualquer ato administrativo que pudesse maltratar preceito da Lei Maior”, abrir-se-ia “campo interminável, desvirtuando-lhe o alcance e o sentido”, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgado em questão, que “a medida a que alude o § 2º do art. 103 da C.F. e cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto”.

remédio constitucional. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, tem por objeto *evitar* ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (arguição autônoma) ou dirimir controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, quando relevante o seu fundamento (arguição incidental), nos termos do art. 1º, *caput*, e seu parágrafo único, I, da Lei n. 9.882/99. Embora a Constituição não defina “preceito fundamental”, não há dúvida de que direitos e garantias fundamentais se subsumem nesse conceito. Nesse sentido, Pedro Lenza. (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 356-357). Assim, a omissão estatal na implantação da monitoração eletrônica tipificaria ato omissivo do Poder Público, suscetível de causar lesão a preceito fundamental (arguição autônoma). Ocorre que, em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, vigora o princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99), razão pela qual ela só será admitida se não houver qualquer outro meio apto a sanar a lesividade. Confira-se a Questão de Ordem na ADPF n. 3, Plenário, Relator o Ministro Sidney Sanches, DJ de 27/2/04 e a ADPF n. 6, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática proferida em 08/09/2000. Desta feita, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que, cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade, inviável o conhecimento da ação como ADPF (Questão de Ordem na ADPF n. 72, Plenário, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/12/05). Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>. O mesmo raciocínio se aplica à espécie: como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é o meio eficaz para combater a inércia administrativa na disponibilização da monitoração eletrônica, resta prejudicada a via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁸⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 797. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 362-363.

⁸⁷⁴ ADI nº 19/AL, Plenário, Relator o Ministro Aldir Passarinho, DJ de 14/4/89. Essa ação, à época, não foi cadastrada como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), mas sim como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). É preciso, portanto, cautela para não confundir o precedente citado (ADI 19) com a ADO nº 19, Relator o Ministro Roberto Barroso, decidida monocraticamente em 24/10/13. Acórdão disponível em <www.stf.jus.br>.

Esse longo precedente, todavia, assenta-se em premissas equivocadas para restringir o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade exclusivamente à omissão normativa.

O art. 103, § 2º, da Constituição Federal, alude à omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, imputável a qualquer dos Poderes ou órgão administrativo.

Ainda que, ordinariamente, essa omissão se traduza na inércia normativa (incluindo-se aqui não apenas a lei, mas atos normativos de natureza regulamentar), a omissão de providências ou atos administrativos concretos também pode ser objeto da ação de inconstitucionalidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes, a própria formulação do art. 103, § 2º, da Constituição Federal e sua exegese literal admitem o controle da atividade tipicamente administrativa, uma vez que se refere a “medidas”, “providências necessárias” e a “órgãos administrativos”. Embora pondere ser “difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente, para tornar efetiva norma constitucional”, diante do princípio da legalidade da Administração, conclui que não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional.”⁸⁷⁵

Não bastasse isso, a ADI nº 19/AL tinha por objeto pretensão de cunho material atinente à folha de pagamento da Assembleia Legislativa, quando, aqui, busca-se conferir plena efetividade ao direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, donde a omissão administrativa já apontada é constitucionalmente relevante.

Não se cuida, repita-se, de mera omissão ilegal, pois não é simplesmente o art. 319, IX, do Código de Processo Penal, que está sendo desatendido. Aliás, fosse a omissão meramente ilegal, haveria óbice à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a qual não se destina a suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em legislação infraconstitucional.⁸⁷⁶

O procedimento dessa ação é regulado pela Lei n. 9.868/99, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.063/09.

Nos termos do art. 12-A da Lei n. 9.868/99, os legitimados para sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, CF). Pondere-se apenas que não faria sentido que o

⁸⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1.188-1.189.

⁸⁷⁶ ADO nº 3/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 3/5/12. Disponível em <www.stf.jus.br>.

Presidente da República e o Governador de Estado ou do Distrito Federal a propusessem, haja vista que, “na qualidade de responsáveis ou corresponsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação.”⁸⁷⁷

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente, no caso, o Poder Executivo, para a adoção das providências necessárias (art. 103, § 2º, CF e art. 12-H da Lei n. 9.868/99).

Evidente que o prazo de 30 (trinta) dias a que alude a Constituição é insuficiente para a adoção de todas as providências administrativas (realização do procedimento de licitação para compra de equipamentos ou contratação de prestadora do serviço, conforme a opção do administrador), razão pela qual outro prazo razoável poderá ser estipulado (art. 12-H, § 1º, Lei n. 9.868/99).

Neste particular, Ada Pellegrini Grinover lembra que a implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira e, comumente, a Administração justifica sua omissão com base na inexistência de verbas. Desse modo, a reserva do possível pode levar o Judiciário, em face de insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, a condenar a Administração a duas obrigações de fazer: inclusão, no orçamento, da verba necessária ao adimplemento da obrigação, e aplicação da verba para o adimplemento da obrigação.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1.178-1.179.

⁸⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In _____; WATANABE, Kazuo (coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

5. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

5.1. Excepcionalidade

A excepcionalidade é a nota essencial do sistema de medidas cautelares pessoais,⁸⁷⁹ de modo que qualquer provimento cautelar restritivo da liberdade jamais pode constituir a normalidade, a fisiologia do processo.

A prisão preventiva, medida excepcionalíssima⁸⁸⁰ e subsidiária, somente será admitida quando estiverem presentes os seus pressupostos (*fumus commissi delicti* – art. 312, CPP, parte final), requisitos (*periculum libertatis* – art. 312, 1ª parte, CPP) e hipóteses legais de cabimento (art. 313, CPP), e as medidas cautelares a ela alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas (art. 282, §6º, CPP).

A reforma processual operada pela Lei nº 12.403/11 alterou o baricentro do sistema cautelar e introduziu radical e importantíssima mudança de paradigma. O sistema não mais gravita em torno da prisão preventiva, razão por que, sendo necessária a adoção de uma medida cautelar, o ponto de partida não é a possibilidade ou não de prisão. O raciocínio judicial deve necessariamente partir da medida de menor intensidade para, somente na hipótese de sua inadequação ou insuficiência, alcançarem-se as de maior intensidade.⁸⁸¹

Como observa Gustavo Badaró,

o juiz, portanto, não pode raciocinar a partir da prisão, e, somente quando ela se mostrar excessiva, cogitar da aplicação de medida alternativa menos gravosa. O raciocínio deve ser exatamente o contrário: estando presente uma das situações que justificam a imposição de uma medida cautelar pessoal (CPP, art. 282, *caput*, I), o magistrado deve iniciar o juízo de adequação (CPP, art. 282, *caput*, II), a partir da menos gravosa, e, se esta não se mostrar adequada, ir ascendendo em uma escala crescente das medidas alternativas mais leves para as mais gravosas, e, somente se nenhuma delas se mostrar adequada, chegar à prisão preventiva.⁸⁸²

Assim, colide frontalmente com a lógica do novo sistema de medidas cautelares o juiz aferir, em primeiro lugar, se é o caso ou não de decretar a prisão preventiva, para

⁸⁷⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 372.

⁸⁸⁰ *Idem*, op. cit., pp. 351-354.

⁸⁸¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 113, p. 97, set. 2011.

⁸⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 714.

somente então passar ao exame do cabimento de medida(s) dela diversa(s).

Por outro lado, afirmar-se que a prisão cautelar seja a *ultima ratio* não significa que a imposição de qualquer outra medida dela diversa constitua desdobramento ordinário da marcha processual, haja vista que, em maior ou menor grau, sempre haverá intervenção em um direito fundamental.

Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual,⁸⁸³ representada pelo *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei,⁸⁸⁴ autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.

A excepcionalidade, portanto, importa a exclusão do automatismo na adoção de qualquer medida cautelar, ou de sua obrigatoriedade, amparada na natureza ou gravidade da imputação.⁸⁸⁵

Nesse sentido, é absolutamente ilegal a determinação, por parte de Tribunais de Justiça ou de Tribunais Regionais Federais, de imediata expedição de mandado de prisão em desfavor de réu que respondeu em liberdade ao processo, como mero consectário do julgamento em segundo grau de apelação, antes, portanto, do trânsito em julgado e sem qualquer motivação de índole cautelar. Como aponta Maurício Zanoide de Moraes, essa prática, sem que o processo tenha sido concluído, constitui indevida antecipação da execução da pena e viola a presunção de inocência como norma de tratamento,⁸⁸⁶ razão por que tem sido coarctada pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁸⁷

5.2. Alternatividade

Segundo Fábio Machado de Almeida Delmanto, as medidas substitutivas, com o

⁸⁸³ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim: UTET Giuridica, 2008, p. 34, Vol. 2.

⁸⁸⁴ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 429.

⁸⁸⁵ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 400.

⁸⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 434 e 444-445. No mesmo sentido Fábio Machado de Almeida Delmanto, que invoca o “princípio do não-automatismo dos provimentos restritivos”. (DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38).

⁸⁸⁷ *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 26/2/10; Recurso em *Habeas Corpus* nº 84.294/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 24/9/04; *Habeas Corpus* nº 98.212/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/2/10; *Habeas Corpus* nº 107.178/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 20/5/11.

próprio nome sugere, são providências voltadas para substituir uma medida cautelar já decretada por outra. Trata-se de medidas que sempre sucedem algo que já existe. “Já as medidas alternativas, embora tendentes também a evitar ou afastar a prisão provisória, diferenciam-se das substitutivas porque são aplicáveis antes mesmo da decretação da prisão. Daí porque se constituírem em alternativa ao juiz à decretação da prisão durante o processo. Nesse caso, portanto, a prisão não chega sequer a ser determinada”.⁸⁸⁸

O art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal afirma que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

É manifesta, contudo, a sua impropriedade técnica. As medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal são alternativas à prisão cautelar, e não meramente dela substitutivas,⁸⁸⁹ uma vez que, presentes o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, é possível, desde logo e alternativamente à prisão, que as condições pessoais do agente, os fatos e suas circunstâncias autorizem a imposição de uma restrição em menor grau ao direito de liberdade, o que significa dizer que a prisão preventiva ainda não é cabível.

Como bem salientado por Gustavo Badaró, “a diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade.”⁸⁹⁰

De todo modo, embora primariamente alternativas à prisão, as medidas cautelares diversas, na dinâmica de sua execução, podem ter caráter substitutivo. Com efeito, na hipótese de prisão preventiva já decretada, os arts. 282, § 5º, e 315 do Código de Processo Penal admitem a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s). Aliás, essa regra é aplicável a todas as medidas cautelares diversas da prisão, que também comportam sua substituição por medida (s) de maior ou menor intensidade.⁸⁹¹

Quanto à prisão domiciliar, muito embora o art. 318 do Código de Processo Penal utilize o verbo “substituir”, não se cuida propriamente de medida substitutiva da prisão preventiva, senão de forma diversa de seu cumprimento.⁸⁹² Ao invés do imputado que teve

⁸⁸⁸ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122. Embora se trate de obra anterior à Lei nº 12.403/11, a distinção feita pelo autor permanece válida após essa reforma processual.

⁸⁸⁹ Sobre o caráter substitutivo da liberdade provisória sem fiança, vide item 5.5

⁸⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 752.

⁸⁹¹ Essa possibilidade de substituição tem relação direta com outra característica das medidas cautelares, a referibilidade. Vide item 5.4.

⁸⁹² Maurício Zanoide de Moraes, diversamente, sustenta que a prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 94, set. 2011.

a prisão preventiva decretada permanecer recolhido em estabelecimento prisional, sê-lo-á em sua residência (art. 317, CPP). A prisão domiciliar, portanto, não substitui a prisão preventiva, que continua válida. Tanto isso é verdade que, à exceção do imputado maior de 80 (oitenta) anos, alterada a situação fática que autoriza a prisão domiciliar (extrema debilidade por motivo de doença grave, imprescindibilidade para cuidar de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência e gestação a partir do 7º mês ou de alto risco), o imputado será recolhido no sistema penitenciário. Em suma, a prisão domiciliar não constitui nova modalidade de prisão cautelar, mas simples forma de cumprimento da prisão preventiva, à semelhança da prisão especial conferida aos advogados (art. 7º, V, da Lei nº 8.908/94) e outros agentes (art. 295, CPP).

Por sua vez, a adoção da prisão ou de medida(s) cautelar(es) dela diversa(s) dependerá do grau de cautelaridade exigido para o caso, que deverá ser máximo, no primeiro caso, e de menor intensidade, nas demais hipóteses.⁸⁹³

5.3 Provisoriedade

As medidas cautelares são provisórias porque se destinam a perdurar, no máximo, até o provimento final. Provisoriedade, portanto, deve ser entendida como antônimo de definitividade.⁸⁹⁴

Em consequência de sua provisoriedade, uma vez determinado o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 18, CPP), cessa a medida cautelar eventualmente imposta na fase da investigação preliminar.

Também nas hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa e de absolvição, ainda que caiba recurso da acusação, deve o juiz ordenar a imediata cessação de qualquer medida cautelar imposta e determinar, se o caso, que o réu seja colocado em liberdade (art. 386, parágrafo único, CPP), salvo em se tratando de absolvição imprópria por inimputabilidade

⁸⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p 753.

⁸⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 704-705. Esse autor distingue provisoriedade de temporariedade. “Nos atos provisórios seu limite temporal ou de duração está condicionado à ocorrência (ou a não ocorrência) de outra situação processual”. “Assim, a prisão preventiva é provisória porque tende a perdurar até que seja revogada ou substituída pelos efeitos da sentença transitada em julgado. Já a prisão temporária, como o próprio nome indica, é temporária, isto é, terá o término dos seus efeitos condicionado não a uma decisão de um futuro processo ou qualquer outra situação processual, mas sim ao transcurso de um determinado lapso temporal de cinco dias, ou de 30 dias, conforme o caso”. Para Agostino de Caro, a temporaneidade e a provisoriedade são corolários indispensáveis do princípio da excepcionalidade. (CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 37, Vol. 2).

ou semi-imputabilidade do réu, com imposição de medida de segurança de internação (art. 386, VI, e parágrafo único, III, CPP, e art. 96, I, CP), quando então poderá subsistir a medida cautelar de internação provisória (art. 319, VII, CPP), desde que haja motivação idônea.

As medidas de proteção impostas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, com fundamento no art. 22 da Lei nº 11.340/06, dada a sua natureza cautelar, também não podem se protrair para além do arquivamento do inquérito policial, rejeição da denúncia ou absolvição. Cessada a eficácia dessas medidas, ressalva-se à vítima a possibilidade de requerer a sua nova imposição, caso fatos supervenientes a justifiquem.

Na hipótese de condenação, deve o juiz, na sentença, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição da prisão ou medida cautelar dela diversa (art. 387, § 1º, CPP).⁸⁹⁵ A finalidade precípua desse dispositivo é obrigar o juiz a, motivadamente, verificar se ainda subsistem os pressupostos fáticos da medida cautelar já imposta, bem como a sua adequação e necessidade.

Em razão de sua provisoriedade, as medidas cautelares necessitam de um fator temporal de contenção, sob pena de se transformarem numa antecipação indevida da satisfação da pretensão punitiva do Estado.⁸⁹⁶

O Código de Processo Penal italiano, por exemplo, estabelece, em seu art. 303, um complexo sistema de limites de duração das medidas cautelares, predeterminando-os de acordo com a fase processual e a natureza da medida imposta, se coercitiva (que incide na liberdade de locomoção) ou interditiva (suspensão do exercício do poder familiar; suspensão do exercício de função ou serviço público e proibição temporária de exercício de determinada atividade profissional ou empresarial). As medidas interditivas, de regra, perdem eficácia dois meses após o início de sua execução. Há quatro limites máximos intermédios (ou de fases), com durações variadas (v.g., na fase investigação, para crimes mais graves, o prazo máximo de duração da custódia é de um ano, prorrogável por até seis meses) e um limite máximo global até a sentença definitiva.⁸⁹⁷

⁸⁹⁵ A manutenção da prisão cautelar é desproporcional, e, portanto, absolutamente incompatível com a condenação a pena privativa de liberdade em regime aberto, o qual, além de se basear no senso de responsabilidade e autodisciplina do condenado (art. 114, II, da Lei nº 7.210/84), permite o cumprimento de pena em casa do albergado ou, na sua inexistência, no próprio domicílio do sentenciado, que dele pode sair para o trabalho externo. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 115.786/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 20/8/13, *Habeas Corpus* nº 114.288/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 07/6/13.

⁸⁹⁶ Nesse sentido, TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 459.

⁸⁹⁷ Confira-se, a respeito, Mario Chiavario. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 768-776). TONINI, Paolo. *Manuale di procedura*

O Código de Processo Penal espanhol também estabelece, em seu art. 504, prazos máximos de duração da prisão cautelar, em atenção à específica situação de perigo que visa debelar e à pena máxima cominada ao crime. A prisão preventiva por necessidade da instrução, por exemplo, não pode exceder a seis meses. Já a prisão para garantir a futura aplicação da lei penal não poderá exceder a um ano, se a pena máxima cominada ao crime foi igual ou inferior a um ano, ou a dois anos, se a pena máxima exceder a três anos.

Embora o Código de Processo Penal brasileiro não contenha regras dessa natureza, a Constituição Federal impõe, como direito fundamental, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). O imputado não pode ficar indefinidamente preso cautelarmente, aguardando julgamento. Mesmo a efetividade da presunção de inocência exige o julgamento mais célere possível, uma vez que a própria persecução penal já atinge o *status dignitatis* do imputado.⁸⁹⁸

Essa garantia, aplicável a processos judiciais de qualquer natureza e que se estende ao âmbito administrativo, compreende: i) o direito a que qualquer processo (civil, penal, trabalhista) se desenvolva em prazo razoável ou sem dilações indevidas, e ii) o direito do réu preso à revogação da prisão cautelar, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas.⁸⁹⁹

Urge, portanto, que o Código de Processo Penal, à semelhança das legislações alienígenas, fixe variados prazos máximos para o julgamento de processos de réus presos e, por consequência, de duração das medidas cautelares,⁹⁰⁰ em atenção à natureza da medida imposta e do *periculum libertatis* a ser debelado, ainda que se possa admitir, em situações excepcionalíssimas, e não como regra, alguma flexibilização, sob o influxo do adjetivo “razoável”, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Veja-se que o art. 108 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) determina que o procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, caso o menor esteja internado provisoriamente, deva ser julgado sentenciado no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de constrangimento ilegal. A inobservância desse

penale. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, pp. 459-463. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 452-464.

⁸⁹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 350-351.

⁸⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 34.

⁹⁰⁰ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 768.

prazo tem sido coarctada pelo Superior Tribunal de Justiça,⁹⁰¹ numa demonstração de que é possível exigir-se do Judiciário o cumprimento de prazos mais exíguos, para julgamento, em primeiro grau de jurisdição, de processos que envolvam pessoas privadas de sua liberdade.

É certo que, diante de inúmeras variáveis como a natureza da imputação, a complexidade da instrução, o elevado número de réus ou testemunhas, a necessidade de requisição de réus presos em localidades diversas para as audiências, a expedição de cartas de ordem, precatórias ou rogatórias, o manejo de sucessivos recursos, inclusive perante Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, não é razoável estabelecer-se um prazo único e inflexível para a decisão final em processos de réus presos,⁹⁰² de modo que ao legislador caberá, primordialmente, modular essas situações.

Enquanto não ocorre essa alteração legislativa, cumpre exercer rigoroso controle sobre o prazo de duração das medidas cautelares, máxime considerando-se que a prioridade absoluta de que, em tese, devam gozar processos relativos a réus presos, não

⁹⁰¹ *Habeas Corpus* nº 192.563/ES, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 28/4/11; Recurso em *Habeas Corpus* nº 27.268/RS, Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 15/3/10; Recurso em *Habeas Corpus* nº 20.626/PI, Quinta Turma, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 9/4/07; Recurso em *Habeas Corpus* nº 13.435/AC, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 24/3/03 e Recurso em *Habeas Corpus* nº 12.010/DF, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 18/03/02. Esses julgados reconhecem a incompatibilidade da Súmula nº 52 daquela Corte (“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”) com os princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente (excepcionalidade, brevidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento).

⁹⁰² Confiram-se, a respeito, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus* nº 122.546/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/6/14; Recurso em *Habeas Corpus* nº 118.547/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 14/5/14; *Habeas Corpus* nº 90.617/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 7/3/08; *Habeas Corpus* nº 116.864/RR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 15/10/13; *Habeas Corpus* nº 116.744/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 4/09/13; *Habeas Corpus* nº 104.849/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/3/11; *Habeas Corpus* nº 98.689/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 6/11/09; *Habeas Corpus* nº 106.675/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 14/6/11. A ementa do acórdão proferido no Recurso em *Habeas Corpus* nº 122.642/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 9/9/14, sintetiza o posicionamento da Corte: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora; ou (c) situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 (...)”. Andrey Borges de Mendonça, invocando precedentes das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, alude a três critérios, adotados também pelos Tribunais Superiores do Brasil, para determinação da razoabilidade do prazo: a) complexidade do caso; b) atividade processual do interessado (notadamente, se o acusado ou seu defensor deram causa ao atraso, como a utilização de recursos ou manobras protelatórias, o requerimento de perícias e diligências); e c) conduta das autoridades judiciais (inércia do aparelho judiciário). (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp.300-305). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 206-209) e SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 123-130.

encontra eco na realidade. Essa questão, aliás, transcende a prisão, haja vista que a provisoriedade é característica de qualquer outra medida cautelar, que também não pode se prolongar excessivamente no tempo.⁹⁰³

A providência mais eficaz a ser adotada pelo juiz para o controle da provisoriedade da medida cautelar é a delimitação, na própria decisão que a impõe, de seu prazo de duração (v.g., 30, 60 ou 90 dias), findo o qual deverá reavaliar a necessidade ou não de sua subsistência, com a consequente revogação, substituição ou cumulação, se o caso.⁹⁰⁴

No caso de prorrogação da medida cautelar inicialmente decretada, Jordi Nieva Fenoll propõe que a prisão cautelar nunca ultrapasse determinado percentual da pena cominada ao crime objeto da imputação,⁹⁰⁵ solução que se mostra pertinente para impedir que se transforme em pena antecipada, ou, pior ainda, em castigo desproporcional e superior à pena aplicada, na hipótese, não incomum, de o imputado ficar preso provisoriamente por mais tempo do que a pena ao final inflingida.

É imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública implantem mecanismos de controle temporal da prisão cautelar, com alertas periódicos e automáticos em seus sistemas informatizados de acompanhamento processual. Nesse particular, o Ministério Público, como titular da ação penal pública e responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, “promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, I, CF), deve assumir protagonismo na fiscalização da duração razoável do processo e requerer ao juiz a revogação da medida cautelar quando injustificado, ou de intolerável monta, o excesso de prazo na tramitação do feito.

Registre-se, por fim, que, embora a discussão sobre os limites temporais da custódia cautelar ordinariamente se limite ao primeiro grau de jurisdição, o excesso de

⁹⁰³ Quanto a medidas cautelares diversas da prisão, o Superior Tribunal de Justiça, v.g., já decidiu que “não há previsão legal específica regulando e estabelecendo prazo certo para o afastamento cautelar, sendo relevantes tão somente as peculiaridades de cada hipótese para aferição casuística de razoabilidade na duração da medida”. Inquérito nº 780/CE, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 5/3/14. De acordo com a ementa do julgado, “é razoável a duração por pouco mais de um ano de uma investigação que, como na espécie, envolve fatos complexos, exigindo, v.g., a análise de diversas operações bancárias, contratos administrativos e relatório de contas, tornando o trabalho de descortinação da trama engendrada um verdadeiro quebra-cabeças”. Pensamos que, para orientar tanto o legislador ordinário quanto o juiz, um parâmetro constitucional para o prazo máximo de duração do afastamento cautelar do exercício da função pública, uma vez instaurada a ação penal, seja o art. 86, § 2º, da Constituição Federal: “se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular andamento do processo”.

⁹⁰⁴ O Código de Processo Penal de Portugal, por exemplo, dispõe no art. 213º, inc. 1, “a”, que o juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas, no prazo máximo de três meses, a contar da data da sua aplicação ou do último reexame.

⁹⁰⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, pp. 193-194.

prazo na prisão cautelar, como adverte Fauzi Hassan Choukr, também se mostra grave em segundo grau, em face da inexistência de qualquer controle sobre o prazo de julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito contra decisões de pronúncia que envolvam réus presos.⁹⁰⁶

5.4. Referibilidade

As medidas cautelares pessoais se destinam a tutelar uma determinada situação de fato, à qual se referem, razão por que, desaparecida a sua base fática legitimadora, impõe-se a sua cessação.⁹⁰⁷

Como aduz Maurício Zanoide de Moraes, “toda a medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo”, seja para recrudescer, seja para minorar a restrição.⁹⁰⁸

A referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério da atualidade:⁹⁰⁹ os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência.⁹¹⁰

Três hipóteses podem se verificar em relação ao *periculum libertatis*: sua completa cessação, seu abrandamento ou seu agravamento, a ensejar, respectivamente, a revogação da medida, a sua substituição por outra(s) menos onerosa(s) ou, no último caso, a sua substituição ou cumulação com outra(s) medida(s) mais gravosa(s).

Neste particular, determina o art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal, que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Assim, decretada a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar por

⁹⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 647.

⁹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 707. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 786. Este último autor denomina “provisionalidade” essa característica das medidas cautelares.

⁹⁰⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

⁹⁰⁹ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 61, Vol. 2.

⁹¹⁰ Logo, “não se pode manter a prisão preventiva quando, no decorrer do processo, os motivos da sua decretação se tornam insubsistentes ou não são renovados os seus fundamentos” (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 113.910/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 1º/8/13).

necessidade da instrução, encerrada esta, desaparece o substrato fático que autoriza a sua manutenção, razão pela qual, por esse único fundamento, a medida adotada não mais pode subsistir.⁹¹¹

A referibilidade pode ainda ser exemplificada em relação a crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O juiz, nos termos do art. 22, II e III, a e b, da Lei nº 11.340/06, pode determinar o afastamento do agressor do lar comum, bem como proibi-lo de se aproximar da ofendida e de com ela manter contato, por qualquer meio de comunicação.

Não raras vezes, quando ainda em vigor essas medidas protetivas, agressor e vítima se reconciliam e restabelecem a convivência conjugal, sem qualquer comunicação a juízo.

No primeiro conflito pós-reconciliação, a vítima se dirige à delegacia de polícia, ao Ministério Público ou comparece em juízo para noticiar que o agente se encontra em sua casa ou com ela está a manter contato, em suposto descumprimento à ordem judicial, com o fim de ver decretada a sua prisão preventiva, “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 313, III, do Código de Processo Penal).⁹¹²

⁹¹¹ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus* nº 100.340/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09; Recurso em *Habeas Corpus* nº 95.958/PI, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/9/09; *Habeas Corpus* nº 83.806/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18/6/04. No *Habeas Corpus* nº 95.009/SP, Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 19/12/08, decidiu-se que, “(...) [t]endo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por consequência, temerária, autêntica antecipação da pena”. Observamos, por outro lado, que não se descarta a possibilidade de decretação da prisão preventiva por mais de um fundamento, em relação às fontes de prova: i) necessidade da instrução para se assegurar a isenção de ânimo em depor de vítima e/ou testemunhas, no caso de ameaças ou intimidações, e ii) garantia da ordem pública, a fim de se evitar que imputado concretize ameaças de morte contra juiz, membro do Ministério Público, vítima ou testemunha, ou pratique outros atos de grave represália aos depoimentos destas últimas. Nesse caso, encerrada a instrução, a prisão subsistiria pelo segundo fundamento.

⁹¹² O descumprimento de medidas de proteção não tipifica o crime de desobediência (art. 330, CP). O Código de Processo Penal, nos arts. 282, §4º e 313, III, prevê, para o descumprimento das medidas protetivas de urgência descritas no artigo 22 da Lei 11.340/06, a possibilidade de decretação da prisão preventiva do agente, sem ressaltar, para a hipótese, a tipificação do crime de desobediência, tal como o faz, exemplificativamente, em relação à testemunha faltosa, para a qual é cabível a imposição de multa, “sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência” (artigo 219, CPP). Além disso, a Lei nº 11.340/06 também prevê sanção pecuniária para o caso de inexecução da medida protetiva (art. 22, § 4º). Pacífica, nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 49.429/DF, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 3/12/14; HC nº 299.171/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/11/14; HC nº 298.460/RS-AgRg, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 25/11/14, HC nº 285.620/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 15/8/14, RHC nº 41.970/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/8/14). Em suma, não se configura o crime de desobediência quando, para o descumprimento da ordem judicial, é cominada, por lei, sanção de natureza civil, processual ou administrativa, sem que a lei ressalve, expressamente, a cumulativa aplicação do artigo 330 do Código Penal.

Ocorre que, a despeito da reconciliação conjugal não ter sido oportunamente comunicada a juízo, desapareceu, no exato momento do restabelecimento da convivência conjugal, a base empírica das medidas protetivas anteriormente impostas. Aliás, tivesse havido tempestiva comunicação, o juiz deveria tê-las, de pronto, revogado.

Descabe, portanto, em razão da referibilidade das medidas cautelares e ante o desaparecimento dos fatos que a legitimavam, a decretação da prisão preventiva do agente por seu suposto descumprimento, nada obstando que o juiz volte a impô-las - com efeitos, obviamente, *ex nunc* - ou, em último caso, decrete a prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos e as suas hipóteses de cabimento, mas por fundamento diverso daquele previsto no art. 313, III, do Código de Processo Penal.

5.5. Gradualidade

A pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar, de acordo com a quantidade e a qualidade do perigo real a tutelar.⁹¹³ Trata-se de um “modelo de pluralidade graduada”,⁹¹⁴ em que as medidas cautelares são ordenadas em termos de progressiva afluência⁹¹⁵ ou de gradual intensidade de intervenção na liberdade pessoal.

O critério a ser observado é o do “mínimo sacrifício necessário”:⁹¹⁶ a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos indispensáveis para satisfazer as exigências cautelares reconhecidas no caso concreto.⁹¹⁷ Por força desse critério, o juiz “deverá procurar no rol legal a medida mais adequada no sentido vetorial da menos para a mais invasiva. Justificando, inclusive, por que as medidas menos invasivas não escolhidas não são, no caso concreto, mais apropriadas do que a medida escolhida (mais restritiva).”⁹¹⁸

⁹¹³ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim: UTET Giuridica, 2008, p. 77, Vol. 2.

⁹¹⁴ Nesse sentido, Paolo TONINI (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 428). CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 694.

⁹¹⁵ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 418. PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 504.

⁹¹⁶ Essa expressão, segundo Mario CHIAVARIO, é utilizada pela Corte Constitucional italiana. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 693).

⁹¹⁷ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 428.

⁹¹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

Nesse sentido, Hélio Tornaghi aponta que a prisão cautelar é um mal, que só deve ser tolerada, nos limites da necessidade, quando, sem ela, houver um mal maior, e não for possível a imposição de outras medidas menos más. Aduz que, em matéria de providências coercitivas, as mais onerosas somente devem ser tomadas quando não bastem as mais benignas.⁹¹⁹ Assim, v.g.,

se a medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada se mostra adequada e suficiente para eliminar a situação de risco gerada pelo estado de liberdade do imputado, a prisão preventiva, para evitar que esses contatos prejudiquem a investigação, se mostra desproporcional.⁹²⁰

Em linhas gerais, de acordo com Mario Chiavario, o princípio do “sacrifício mínimo” traduz-se numa regra de preferência em favor da situação que, concretamente, melhor tutele o direito de liberdade. Como corolário desse princípio, a execução da medida deve necessariamente resguardar todos os direitos do imputado, cujo exercício não seja incompatível com as exigências cautelares do caso concreto.⁹²¹ Trata-se, aliás, de regra expressa do Código de Processo Penal italiano (art. 277).

A gradualidade, portanto, nitidamente se identifica com o exame da proporcionalidade da medida a ser concretamente aplicada.

É mister ressaltar que o grau de aflictividade das medidas cautelares deve ser sempre aferido em relação ao caso em análise, haja vista que uma medida que, em abstrato, aparente ser menos invasiva poderá se traduzir, concretamente, em pesado ônus ao imputado, quiçá desproporcional. Qualquer medida, por expressa determinação legal, deve ser adequada não apenas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, como também às condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).⁹²²

Ainda que, abstratamente, não se possa hierarquizar, em termos de intensidade, todas as medidas cautelares pessoais, não resta dúvida de que, quanto maior o seu grau de

2010, p. 380.

⁹¹⁹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7 e p. 17, Vol. II.

⁹²⁰ Supremo Tribunal Federal, Inq 3842/DF-AGr-Segundo-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. 7/10/14, DJe de 15/10/14.

⁹²¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 693 e 750. Sobre uso de algemas e exposição abusiva da imagem do imputado, vide item 3.1

⁹²² A proibição de se ausentar da comarca em que reside ou a obrigação de comparecimento pessoal a juízo, semanalmente, impostas a um funcionário público, não se mostram, v.g., tão gravosas quanto a sua imposição para um motorista de caminhão, representante comercial ou vendedor que realizem constantes viagens interestaduais no exercício da profissão, para os quais essas medidas poderiam constituir um ônus excessivo e intolerável. O mesmo se diga quanto à proibição de se ausentar do país, menos onerosa, em princípio, para o mesmo funcionário público ou um outro imputado de menor capacidade financeira, mas intensamente restritiva se aplicada a um executivo com negócios ou interesses no exterior.

restrição à liberdade de locomoção, mais alta se situará a medida na escala da afluência.⁹²³

Tomando-se por parâmetro o grau de intervenção na liberdade de locomoção, é possível estabelecer-se a seguinte ordem decrescente de afluência: i) prisão (preventiva ou temporária); ii) internação provisória do inimputável ou semi-imputável em estabelecimento hospitalar adequado à sua condição (art. 319, VII, CPP); e iii) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, CPP).

Há outras medidas cautelares que também incidem em menor, mas não menos relevante, grau na liberdade de locomoção: i) proibição de ausentar-se da Comarca, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV, CPP); ii) proibição de ausentar-se do País (art. 320, CPP);⁹²⁴ iii) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06); iv) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II, CPP), bem como, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, para preservar a integridade física e psicológica da ofendida (art. 22, III, “c”, da Lei nº 11.340/06); v) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III, CPP e art. 22, III, “a” e “b”, da Lei nº 11.340/06);⁹²⁵ e vi) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I, CPP).

A fiança, por importar na retirada do dinheiro ou dos bens depositados a esse título da esfera de disponibilidade patrimonial do imputado ou de quem vier a prestá-la (arts. 330 e 331, CPP), restringe o direito à propriedade (art. 5º, XXII, CF).

De todo modo, a fiança também afeta a liberdade de locomoção, haja vista que,

⁹²³ O Código de Processo Penal italiano, por exemplo, prevê medidas que denomina de: i) coercitivas, descritas nos arts. 280 a 286, que incidem, numa escala de intensidade crescente, sobre a liberdade de locomoção; e ii) interditivas, descritas nos arts. 287 a 290, e que são de três espécies: suspensão do exercício do poder familiar; suspensão do exercício de função ou serviço público e proibição temporária de exercício de determinada atividade profissional ou empresarial. Segundo Mario Chiavario, as medidas interditivas implicam numa temporária inibição do exercício de um poder inerente a determinada posição ocupada, no âmbito familiar ou social, pelo imputado. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 724).

⁹²⁴ A entrega do passaporte (art. 320, CPP) constitui mero consectário da proibição de se ausentar do País.

⁹²⁵ Essa medida pode não só restringir a liberdade de locomoção, uma vez que o imputado deverá manter-se fisicamente distante de determinada pessoa, como também a liberdade de expressão e comunicação, haja vista poderá ser proibido de com ela manter contato por qualquer meio de comunicação (redes sociais, mensagens de texto, telefone, carta etc.).

além da obrigação de comparecer a todos os atos para os quais for intimado, ao afiançado é vedado mudar-se de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (arts. 327 e 328, CPP).

A fiança, que sempre foi considerada uma medida de contracautela, com a reforma processual encetada pela Lei nº 12.403/11 passou a ter natureza cautelar, uma vez que doravante pode ser imposta originariamente pelo juiz a um imputado solto. A fiança, portanto, não mais se destina unicamente a substituir a prisão em flagrante.

Nesse sentido, ressalta Antônio Scarance Fernandes que

o acusado, ou suspeito, preso em flagrante, era colocado em liberdade mediante o pagamento da fiança, que fazia cessar a cautela, consistente na prisão provisória. Era, portanto, contracautela porque afastava a cautela decorrente na prisão em flagrante. Agora, não há razão para considerar a fiança como uma contracautela. Tem natureza cautelar, semelhante, em sua essência ao das demais medidas cautelares pessoais do artigo 319 (...).⁹²⁶

Outrossim, há medidas que, embora em si mesmas não interfiram diretamente na liberdade de locomoção,⁹²⁷ importam restrição a outros direitos fundamentais.

A monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP) restringe o direito à intimidade, à vida privada e até mesmo à imagem (art. 5º, X, CF), uma vez que o monitorado, além de ter sua vida rastreada, deverá portar bracelete ou tornozeleira, permitindo a qualquer um identificar sua condição. Essa medida, por si só, não comprime a liberdade de locomoção, mas é evidente que, se cumulada com outras cautelares, como sói acontecer (v.g., proibição de frequentar determinados lugares, recolhimento domiciliar noturno, delimitação de perímetro de circulação), haverá nítida restrição àquele direito.

Embora prevista como medida cautelar diversa da prisão, a monitoração eletrônica não está disciplinada pelo Código de Processo Penal. Em razão da falta de previsão legal quanto à forma e aos meios de execução da medida, bem como das hipóteses de sua revogação, há quem, como Gustavo Badaró, sustente sua inaplicabilidade.⁹²⁸ Nada obsta,

⁹²⁶ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 324.

⁹²⁷ Evidente que qualquer medida cautelar imposta interfere no direito de liberdade, haja vista que, no caso de seu descumprimento, existe a possibilidade de sua substituição por outra(s) mais gravosa(s) e, em último caso, pela prisão preventiva.

⁹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 786-787. Para esse autor, “antes do advento de uma lei – e não mero ato regulamentar do Poder Executivo, posto que inserto no contexto de legalidade estrita – disciplinando todos os aspectos

contudo, a aplicação, por analogia (art. 3º, CPP), dos arts. 146-C e 146-D da Lei de Execução Penal, que tratam dos deveres do monitorado e das hipóteses de revogação da medida,⁹²⁹ dada a identidade de meios e de fim (vigilância eletrônica). Aliás, o próprio art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 determina a aplicação desse diploma legal ao “preso provisório”, vale dizer, ao réu não condenado por sentença definitiva.

Não bastasse isso, a monitoração eletrônica, prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, foi regulamentada pelo Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011.

Por sua vez, em face da constante evolução tecnológica, não faria sentido que o Código de Processo Penal prefixasse a forma e os meios de monitoramento, sob pena de rápida obsolescência. Nesse sentido, ao permitir que o interrogatório do réu preso e a produção da prova oral se realizem por “sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real” (arts. 185, §§ 1º e 8º) e que as audiências sejam gravadas por mecanismos audiovisuais (art. 405, § 1º), o Código de Processo Penal também não detalhou a sua forma de execução.

Entendimento em sentido diverso levaria ao paroxismo de se impedir até mesmo o uso de algemas, autorizado pelo art. 199 da Lei nº 7.210/84 e pela Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que suas dimensões, hipóteses e forma de emprego não estão disciplinadas em lei e nem foi editado o Decreto Federal a que se refere o citado artigo da Lei de Execução Penal.

A nosso ver, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se suficiente para vedar a adoção de dispositivos que exponham, de forma aviltante e desproporcional, a condição de monitorado eletronicamente.

A suspensão do exercício de função pública⁹³⁰ ou de atividade de natureza econômica ou financeira,⁹³¹ quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, CPP), restringe o direito de liberdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*, CF), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF) e

necessários para o funcionamento e controle da monitoração eletrônica, não será possível sua aplicação, nem mesmo mediante aplicação analógica dos dispositivos da Lei de Execução Penal, posto que se destinam a finalidades distintas”.

⁹²⁹ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 462-463).

⁹³⁰ Sobre suspensão do exercício de função pública de agentes políticos e, notadamente, de titulares de mandato eletivo, vide item 3.2.3.

⁹³¹ Sobre suspensão do exercício de atividade econômica ou financeira, vide julgado do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em *Habeas Corpus* nº 42.049/SP, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 3/2/14.

a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF).

A restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, nos casos de crimes praticados com violência doméstica (art. 22, IV, da Lei nº 11.340/06), interfere no direito de liberdade do genitor (art. 5º, *caput*, CF), no exercício do seu poder familiar (art. 1.634, CC) e no próprio direito do menor à convivência familiar (art. 227, CF).

A suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I, da Lei nº 11.340/06), por sua vez, interfere no direito de propriedade do imputado (art. 5º, XXII, CF).

Resta, por fim, analisar a liberdade provisória sem fiança.

“Liberdade provisória”, a nosso ver, é uma expressão equivocada, uma vez que, em um processo penal de matriz garantista, provisória deve ser a prisão cautelar, e não a liberdade, que é a regra.⁹³²

A expressão que melhor traduz a sua real natureza e finalidade é “liberdade vinculada”, na medida em que, ao se imporem restrições ou ônus àquele que a obtém, criam-se vínculos do imputado com o processo que, se descumpridos, poderão importar na adoção de medidas mais gravosas e, em último caso, na decretação da sua prisão preventiva.⁹³³ Sem embargo dessas considerações, “liberdade provisória” é a forma consagrada pela Constituição Federal (art. 5º, LXVI) e pelo legislador ordinário.⁹³⁴

A expressão “liberdade provisória” pode ainda gerar equívocos de interpretação, razão por que cumpre extremá-la das “medidas cautelares diversas da prisão” (arts. 319 e 320, CPP).

A imposição de qualquer medida cautelar diversa da prisão cria para o imputado um estado de liberdade vinculada aos fins do processo penal, de modo que, conferindo-se significado amplo ao conceito de “liberdade provisória” (*rectius*, “liberdade vinculada”), nele se subsumiriam, em princípio, todas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Pensamos, todavia, que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal pretendem regular, com o instituto da “liberdade provisória”, tão somente as hipóteses em que houver prisão em flagrante. Ausente esse estado coercitivo, é possível impor uma medida cautelar pessoal, mas não conceder “liberdade provisória”.

⁹³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 887-888.

⁹³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 119, Vol. IV. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 788. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 288.

⁹³⁴ Sobre mutação constitucional e a nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, vide item 4.1.

Tanto isso é verdade que o Código de Processo Penal, no art. 319, VIII, prevê a fiança como medida cautelar diversa da prisão, e não a “concessão de liberdade provisória com fiança”. A fiança pode ser originariamente imposta pelo juiz a um imputado solto, mas, nessa situação, jamais se poderia falar em “concessão de liberdade provisória com fiança”.

A liberdade provisória sem fiança não perdeu a sua natureza de contracautela, uma vez que, tal como no regime anterior à Lei nº 12.403/11, pressupõe o estado coercitivo da prisão em flagrante. É, portanto, uma contracautela à prisão em flagrante,⁹³⁵ a qual substitui.

Embora as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal sejam alternativas à prisão e não dela substitutivas,⁹³⁶ a liberdade provisória sem fiança continua a ser substitutiva, uma vez que vocacionada a substituir “outra medida cautelar, ou melhor, pré-cautelar, no caso, a prisão em flagrante”,⁹³⁷ e que, diversamente das demais medidas cautelares e da própria fiança, não pode ser originariamente decretada pelo juiz.

O art. 321 do Código de Processo Penal determina que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (leia-se: que autorizam a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, uma vez que, como já exposto, a liberdade provisória pressupõe esse estado coercitivo), o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso (= se houver uma situação de perigo para os fins ou os meios do processo, vale dizer, se estiver presente o *periculum libertatis*), quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios do art. 282.⁹³⁸

⁹³⁵ No sentido de que a liberdade provisória sem fiança constitui uma contracautela: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 788-789. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 119-127, Vol. IV. Segundo Frederico Marques, “nas medidas de contracautela o pressuposto fundamental é o da existência do estado coercitivo legal, substituído, para evitar e conjurar danos irreparáveis ao status libertatis, pelo estado de liberdade provisória, ou liberdade vinculada” (*Op. cit.*, p. 37). Em sentido contrário, entendendo que sua natureza é cautelar e não de mera contracautela: SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264, em especial a nota de rodapé n. 2.

⁹³⁶ Vide item 5.2.

⁹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 789.

⁹³⁸ Maurício Zanoide de Moraes critica a redação do art. 321 do Código de Processo Penal. A seu ver, esse dispositivo não deixa claro que a prisão preventiva é a *ultima ratio*, por permitir a interpretação de que o primeiro passo racional do Juiz seria analisar se é caso de prisão preventiva para, somente depois, sendo a resposta negativa, verificar se é caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 98,

Note-se a importância do verbo utilizado pelo art. 321 do Código de Processo Penal: o juiz deverá conceder a liberdade provisória, e não “aplicar” ou “impor” essa medida. Mais uma vez, não há sentido em “conceder” liberdade provisória a imputado que já se encontra no pleno gozo de sua liberdade, mediante a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Outrossim, como só existe liberdade provisória como contracautela à prisão em flagrante, o art. 321 do Código de Processo Penal deve necessariamente ser interpretado em conjunto com o seu art. 310, que dispõe sobre as providências que compete ao juiz adotar ao receber a comunicação da prisão em flagrante.

Se o agente, nos termos do art. 23 do Código Penal, houver praticado o fato sob o pálio de alguma excludente de antijuridicidade, o juiz deverá conceder-lhe a “liberdade provisória”, impondo-lhe, tão somente, o dever de comparecer a todos os atos processuais, nos termos do art. 310, parágrafo único, Código de Processo Penal, que não prevê a possibilidade de cumulação dessa obrigação com qualquer outra medida cautelar.

Ausente uma excludente de antijuridicidade, o juiz, após constatar a legalidade da prisão em flagrante, deverá verificar, primeiramente, a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, com a imposição, se o caso, de medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão (art. 319, CPP).

Se reputar desnecessária a aplicação de quaisquer dessas medidas, como o art. 321 do Código de Processo Penal não prevê as obrigações a que se sujeita o imputado, pensamos que o juiz, ao conceder-lhe a liberdade provisória sem fiança, deva impor-lhe ao menos a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, aplicando-se, por analogia, o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Com efeito, não faria sentido que ao agente que agiu sob uma excludente de antijuridicidade deva ser imposta a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, e aquele que não se encontra ao amparo de nenhuma excludente não se sujeite a qualquer vínculo com o processo.

Como a liberdade provisória sem fiança é menos onerosa do que a liberdade provisória com fiança, não devem ser impostas, inclusive por falta de previsão legal, as demais obrigações a que se sujeita o afiançado (arts. 327 e 328, CPP).⁹³⁹

Por fim, se o imputado, após obter a liberdade provisória, deixar de comparecer,

set. 2011.

⁹³⁹ A liberdade provisória sem fiança não se confunde com aquela prevista no art. 350 do Código de Processo Penal, em que, concedida ao preso em flagrante a liberdade provisória com fiança, se ele não tiver condições financeiras de suportá-la, o juiz o sujeitará às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do referido diploma legal e, eventualmente, a outras medidas cautelares.

apesar de intimado, a algum ato da investigação ou da instrução em que sua presença se fizer necessária, não se deverá decretar, desde logo, a sua prisão preventiva. Além da possibilidade de se ordenar a sua condução coercitiva para o ato a ser renovado (art. 260 do Código de Processo Penal), o juiz ainda poderá impor outras medidas cautelares em cumulação (art. 282, § 4º, e 343, CPP), reservando-se, como *ultima ratio*, a prisão cautelar.

5.6. Cumulatividade

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, admitindo-se, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, a substituição da medida originariamente aplicada, a imposição de outra(s) em cumulação e, em último caso, a decretação da prisão preventiva (art. 282, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Penal).

Os vetores para a cumulação são os mesmos que norteiam a aplicação isolada da medida cautelar: adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, e necessidade (art. 282, I e II, CPP).

Decretada a prisão temporária ou preventiva, em princípio não haveria espaço, diante da máxima compressão do direito de liberdade, para a aplicação cumulativa de medidas cautelares dela diversas, que, por sua própria natureza, são alternativas à prisão.⁹⁴⁰ Com efeito, preso o imputado, não faria sentido proibi-lo de se ausentar da comarca em que reside ou do País, de frequentar determinados lugares e, menos ainda, obrigá-lo ao comparecimento pessoal a juízo.

Também se mostra incompatível a cumulação de prisão cautelar com fiança, uma vez que esta medida alternativa à prisão, ainda que também se destine ao pagamento da indenização *ex delicto*, da pena pecuniária e das custas processuais (art. 336, CPP), visa assegurar o comparecimento do imputado a todos os atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou coibir resistência injustificada ao cumprimento de ordem judicial (art. 319, VIII, CPP), situações de perigo que, a toda evidência, a prisão elimina.⁹⁴¹

Vislumbramos, todavia, a possibilidade de cumulação da prisão cautelar com a proibição de se manter contato com determinada pessoa (art. 319, III, CPP), por necessidade da instrução (obstar que o imputado, v.g., oriente a ocultação ou destruição de

⁹⁴⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

⁹⁴¹ *Idem*, *op. cit.*

elementos de informação ou provas, ou que possa influenciar no ânimo de depor de outros imputados ou testemunhas, que poderiam ser compelidos a visitá-lo, na condição de “amigos”); para garantir a futura aplicação da lei penal (obstar que o imputado, v.g., instrua terceiro a ocultar o produto do crime ou qualquer bem que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso, cuja perda constituirá efeito da condenação, nos termos do art. 91, II, “b”, do Código Penal) ou para garantir a ordem pública (obstar que o imputado, do cárcere, coordene atividades criminosas).⁹⁴²

Disso resulta que o juiz, motivadamente, havendo graves e fundadas razões para tanto, possa restringir o direito do preso provisório de receber visitas de pessoas determinadas (cônjuge, companheira, parentes ou amigos), assegurado, *prima facie*, pela Lei de Execução Penal.⁹⁴³

Por fim, ressalte-se que somente pode haver cumulação de medidas cautelares para atender às exigências cautelares da situação de perigo individualizada (*periculum libertatis*), e não para garantir o cumprimento de outra medida cautelar. A fiança, v.g., presta-se a atender às finalidades descritas nos arts. 319, VIII, e 336, ambos do Código de Processo Penal, e não para assegurar que o imputado cumpra as medidas cautelares de recolhimento domiciliar ou de comparecimento pessoal a juízo.⁹⁴⁴

⁹⁴² O exemplo citado contraria a assertiva de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró de que “não haverá situação em que ambas as modalidades de medidas cautelares – prisão preventiva, de um lado, e medidas alternativas dos arts. 319 e 320, de outro – sejam, em concreto, igualmente possíveis”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 753).

⁹⁴³ Nos termos do art. 41, X, da Lei nº 7.210/84, aplicável ao preso provisório por força do art. 2º, § único, do referido diploma legal, constitui direito do preso receber “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

⁹⁴⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

6. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

A aplicação de uma medida cautelar pessoal não constitui exercício judicial de uma potestade discricionária, que admita uma pluralidade de soluções justas. Retomando-se a distinção feita por Eros Grau, enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, o juízo de legalidade constitui atividade de interpretação do direito, que o juiz desenvolve atado ao texto normativo e aos fatos.⁹⁴⁵

Tratando-se de uma intervenção no direito de liberdade, não existe discricionariedade judicial,⁹⁴⁶ pois ao se restringir um direito fundamental não há margem para opção entre simples indiferentes jurídicos. Cumpre ao juiz formular um juízo de legalidade, a ser necessariamente fundamentado.

A análise da fundamentação constitucional para a intervenção é que permite distinguir uma restrição (permitida) de uma violação (não permitida) ao direito de liberdade.⁹⁴⁷ Ausente fundamentação constitucional, tratar-se-á de uma violação ao direito fundamental e deverá ser deflagrada a consequência jurídica por ele prevista, enquanto direito de defesa, que é a exigência de cessação da intervenção,⁹⁴⁸ determinada pela ordem judicial desfundamentada.

Toda atividade judicial é um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), em que, quanto maior o poder, tanto menor será o saber, e vice-versa.⁹⁴⁹ Para que a decisão que impõe medida cautelar pessoal não seja expressão de um decisionismo, fundado em critérios puramente subjetivos, há um caminho lógico a ser necessariamente percorrido pelo juiz, que confere maior racionalidade ao processo decisório e torna-o intersubjetivamente controlável.

Como se verificar, em um caso concreto, se há fundamentação constitucional para a intervenção no direito fundamental de liberdade? Pelo exame da proporcionalidade da

⁹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. Sobre discricionariedade judicial e interpretação, confira-se item 3.7.3.2.

⁹⁴⁶ Sobre discricionariedade judicial, vide item 3.7.3.

⁹⁴⁷ Maurício Zanoide de Moraes, didaticamente, anota que “intervenção” é gênero, de que são espécies: i) intervenção legítima ou permitida, denominada “restrição”; e ii) intervenção ilegítima ou não permitida, denominada “violação”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284).

⁹⁴⁸ Sobre suporte fático, âmbito de proteção e intervenção, vide item 2.2.

⁹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

medida aplicada, método destinado a estabelecer se uma restrição pode ser considerada constitucionalmente fundamentada, ou se, ao revés, configura uma violação ao direito fundamental.⁹⁵⁰ Como visto, restrições a direitos fundamentais que passem no teste da proporcionalidade são constitucionais e não atingem o seu conteúdo essencial.⁹⁵¹

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, com base na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aduz que a proporcionalidade exige que restrições a direitos fundamentais estejam previstas em lei, sejam adequadas aos fins legítimos que visem promover e constituam medidas necessárias a alcançá-los, numa sociedade democrática. O jurista espanhol, no âmbito do processo penal, decompõe essas exigências, sistematiza os pressupostos e requisitos⁹⁵² necessários para a adoção de medidas limitadoras de direitos fundamentais, e propõe a seguinte distinção: “pressupostos para a admissibilidade das ingerências, desde a perspectiva da proporcionalidade, são a legalidade e a justificação teleológica. Dentro dos requisitos podem-se distinguir aqueles que são extrínsecos às medidas – o requisito subjetivo de judicialidade⁹⁵³ e o formal de motivação – dos que caberia denominar intrínsecos, constituídos pelos subprincípios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.⁹⁵⁴

A seu ver, a proporcionalidade se assenta em dois pressupostos: um formal, constituído pelo princípio da legalidade, e outro material, o princípio da justificação teleológica. O primeiro pressuposto, de natureza formal, exige que toda medida limitadora de direitos fundamentais se encontre prevista em lei, postulado básico para sua

⁹⁵⁰ Sobre proporcionalidade, vide item 3.8.

⁹⁵¹ Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

⁹⁵² Há, aqui, uma questão terminológica relevante. É preciso extremar pressuposto de requisito. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, pressupostos são “supostos *prévios*”. Ocorre que, para esse autor, “pressupostos processuais são os requisitos sem os quais não se forma um processo viável”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 130-131, Vol. II). No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 313. Nessa concepção, requisito seria um simples elemento constitutivo do pressuposto, e não algo dele distinto, o que gera confusão terminológica. Rogério Lauria Tucci é quem melhor distingue pressuposto de requisito: “Pressuposto, numa visualização extrínseca do ato, diz respeito à sua própria conformação; requisito, por sua vez intrinsecamente considerado, consubstancia-se num elemento concernente à estrutura deste. Sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente”. Estabelecidas essas premissas, Rogério Lauria Tucci ensina que a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti* – art. 312, parte final, CPP) são pressupostos da prisão preventiva, ao passo que as situações de perigo constitutivas do *periculum libertatis* (art. 312, CPP) enquadram-se como seus requisitos. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 266, em especial a nota de rodapé n. 9.

⁹⁵³ A nosso ver, a judicialidade é pressuposto de existência, e não requisito subjetivo. Vide item 6.3.

⁹⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78. Relembre-se que esse autor trata a proporcionalidade como princípio, e não como regra (vide item 3.8.1).

legitimidade democrática e para garantia da previsibilidade de atuação dos poderes públicos. O segundo pressuposto, de natureza material, introduz, na avaliação da admissibilidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais, os valores que a atuação estatal pretende proteger, e que precisam gozar de força constitucional suficiente para se defrontarem com os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos. “O princípio da proporcionalidade requer que toda limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos”.⁹⁵⁵

Nosso objetivo, neste capítulo, é sistematizar, a partir da proposta pioneira de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, os pressupostos e requisitos indispensáveis à individualização da medida cautelar pessoal. O método a seguir proposto foi desenvolvido por Maurício Zanoide de Moraes, em cuja lição este capítulo, fundamentalmente, também se lastreia.⁹⁵⁶

6.1. Legalidade

O primeiro exame é o de legalidade, pressuposto formal para a imposição de qualquer medida cautelar pessoal no processo penal.

A legalidade, como norma fundamental reitora da intervenção estatal no direito de liberdade, já foi objeto de estudo.⁹⁵⁷ Remanescem, todavia, questões de grande relevância a serem abordadas.

6.1.1. Vedações legais à aplicação de medidas cautelares pessoais. Hipóteses de cabimento da prisão preventiva

As vedações constitucionais expressas à prisão cautelar já foram abordadas neste trabalho.⁹⁵⁸ Foram ainda examinadas a vedação à aplicação de medidas cautelares

⁹⁵⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 69.

⁹⁵⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 310-329. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, pp. 92-100. set. 2011. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

⁹⁵⁷ Vide item 3.2.

⁹⁵⁸ Vide item 3.2.2.

automáticas e obrigatórias, e a inconstitucionalidade da proibição da concessão de liberdade provisória, de forma absoluta e apriorística, pelo legislador.⁹⁵⁹

Como também existem vedações legais expressas à prisão cautelar e às medidas cautelares dela diversas, o exame do pressuposto formal da legalidade impõe verificar se a situação concreta se subsume ou não nas suas hipóteses.

De partida, veda-se a aplicação de qualquer medida cautelar pessoal a infração a que não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, do Código de Processo Penal). Há infrações, portanto, que não admitem a aplicação de nenhuma medida cautelar pessoal, como inúmeras contravenções punidas, tão somente, com multa (v.g., arts. 20, 30, 37, 38, 43, 44, 49, 57, 61 do Decreto-lei nº 3.688/41), e o crime de porte de droga para consumo próprio, cujas penas são advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

A prisão temporária é terminantemente vedada quanto aos crimes que não constem do rol taxativo do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, exceto se for autorizada para outros crimes por legislação posterior, como a Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e assemelhados.^{960 961}

Por sua vez, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, segundo o qual a medida será admitida: i) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; ii) se o agente for reincidente em crime doloso; iii) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e iv) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada, originariamente, nos crimes dolosos e desde que a privativa de liberdade máxima exceda a 4 (quatro) anos (art. 313, I,

⁹⁵⁹ Vide item 3.4 (presunção de inocência).

⁹⁶⁰ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 303. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 882-883. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

⁹⁶¹ Art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90: “A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

CPP). Veda-se, portanto, a prisão preventiva originária nas contravenções punidas com pena de prisão e nos crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo, neste último caso, se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP), quando será em tese cabível a preventiva, independentemente da quantidade da pena máxima cominada.

Nesse ponto, relembre-se que a prisão preventiva é medida excepcionalíssima e não pode ser decretada pela mera reincidência do agente em crime doloso, porque significaria “punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi”.⁹⁶²

A prisão preventiva pelo só fato da reincidência constitui indevida modalidade de prisão automática e implica tratar o imputado, no curso da persecução penal, como culpado, violando a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Aliás, nas palavras de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, o verdadeiro cavalo de Tróia para “a penetração de fins preventivos em uma medida, em princípio, cautelar, como é a prisão provisória, é a consagração legal dos ‘antecedentes do imputado’ como critério que deva ser tomado em consideração pelo juiz”.⁹⁶³

É preciso ter presente que, mesmo em se tratando de reincidente, deve haver homogeneidade entre a medida cautelar e a sanção penal a ser futuramente imposta,⁹⁶⁴ de modo a não se admitir a prisão cautelar se, ao final, o imputado não vier a ser efetivamente submetido à execução de uma pena privativa de liberdade, ou a sua subsistência, se o tempo de prisão cautelar for desproporcional à futura sanção penal.

Note-se que, embora deva iniciar o cumprimento de pena em regime mais gravoso (art. 33, § 2º, CP), o reincidente em crime doloso poderá ter direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se a reincidência não se operou em virtude do mesmo crime (art. 44, § 3º, CP) ou ao *sursis*, se a condenação anterior foi à pena de multa (art. 77, § 1º, CP).

De todo modo, andou bem o legislador ao excepcionar a prisão preventiva do reincidente em crime doloso quando a pena não exceder a 4 (quatro) anos. A reincidência, somada à gravidade concreta da infração (ainda que a sua pena máxima seja inferior a quatro anos) e às condições pessoais do imputado, permite um juízo positivo de valor a

⁹⁶² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 390.

⁹⁶³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 262.

⁹⁶⁴ Vide item 6.8.3.

respeito de sua periculosidade e serve de base para um prognóstico de reiteração criminosa que justifique a prisão.⁹⁶⁵

A presença de quaisquer das hipóteses de cabimento (art. 313, CPP), somada ao pressuposto do *fumus commissi delicti* e ao requisito do *periculum libertatis* (art. 312, CPP), não significa que o juiz deva, desde logo, decretar a prisão preventiva. Aliás, é vedado fazê-lo, uma vez que, nos termos do art. 282, § 4º, CPP, a prisão é a *ultima ratio*. Mesmo que se trate de reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP), cumprirá ao juiz impor medida cautelar diversa da prisão, salvo se a cautelaridade estiver presente em seu grau máximo. Imaginem-se as hipóteses, muito comuns, de agente condenado por porte de droga para uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06) que venha praticar um furto simples, ou de reincidente em crime patrimonial sem violência ou grave ameaça à pessoa, de menor expressão. Nessas situações, a prisão preventiva, amparada apenas na reincidência, sem outros elementos que a justifiquem, mostra-se desnecessária e, portanto, desproporcional.

É vedada ainda a prisão preventiva originária nos crimes culposos, haja vista que as hipóteses de cabimento previstas no art. 313, I e II, do Código de Processo Penal, tratam, tão somente, de crime doloso.

Todas essas vedações, contudo, não se estendem às hipóteses de substituição, pela prisão preventiva, de medida cautelar anteriormente aplicada em razão de seu descumprimento (arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, CPP).

A propósito, o art. 313, III, do Código de Processo Penal, ao admitir a decretação da prisão preventiva “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, não constitui hipótese de decretação originária, mas sim de prisão preventiva substitutiva, por descumprimento de medida anteriormente aplicada. “Garantir a execução” significa coibir o descumprimento de uma medida de proteção, cuja execução tenha sido dolosamente frustrada pelo imputado.

Quanto à possibilidade de prisão preventiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” (art. 313, parágrafo único, CPP), não se cuida de nova situação de *periculum libertatis*, a título de cautela final (assegurar a aplicação da lei penal) ou de cautela instrumental (necessidade da investigação ou da instrução criminal), como poderia parecer à primeira vista. Como aduz Gustavo Badaró, enquanto os requisitos do *periculum libertatis* estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, o art. 313 contempla as

⁹⁶⁵ Vide 6.7.1.

hipóteses de cabimento (= incidência) da prisão preventiva.⁹⁶⁶ O parágrafo único, portanto, contempla uma hipótese autônoma de cabimento da prisão preventiva, que independe de conjugação com as demais hipóteses do mesmo artigo e, portanto, da quantidade de pena privativa de liberdade cominada ao crime.⁹⁶⁷

De todo modo, ainda que haja dúvida sobre a identidade civil da pessoa, jamais poderá ser decretada a prisão preventiva ou aplicada qualquer medida cautelar pessoal a infração a que não for cominada pena privativa de liberdade, ante a vedação absoluta do art. 283, § 1º, do Código de Processo Penal.

A dúvida sobre a identidade civil de quem não porte documentos de identificação ou tenha se identificado falsamente pode ser facilmente dirimida se a pessoa estiver civilmente identificada no Estado em que praticou o delito, quando bastará encaminhar suas individuais datiloscópicas ao instituto oficial de identificação do respectivo Estado, que as confrontará com seu banco de dados.

Essa questão torna-se extremamente complexa e delicada quando se constata que a pessoa não está civilmente identificada no Estado em que cometeu o delito, mas sim em outro Estado da Federação, que se recusa a indicar. Como não existe um cadastro nacional de individuais datiloscópicas, no limite será necessário decretar ou manter a prisão preventiva do imputado e encaminhar suas individuais datiloscópicas a todos os institutos de identificação do País, para que se possa estabelecer a sua real identidade. Há que se ter cautela na decretação da prisão preventiva pelo fundamento em questão, mas não se pode olvidar que se trata de medida de extrema relevância e que pode mostrar-se imprescindível, como instrumento para obstar que um terceiro venha a ser injustamente condenado, com o risco concreto de ainda vir a ser preso de forma indevida, porque o verdadeiro autor do crime identificou-se falsamente com o seu nome.⁹⁶⁸

⁹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 743. Para esse autor, não se exige a conjugação do parágrafo único com uma das hipóteses do *caput* do mesmo art. 313, sob pena de sua inutilidade, mas ainda assim não se pode conferir a esse dispositivo tamanha amplitude que admita a prisão preventiva por qualquer infração, seja crime ou contravenção, seja crime doloso ou culposos, porque lhe faltaria a proporcionalidade em sentido estrito.

⁹⁶⁷ Em sentido diverso, Aury Lopes Júnior entende que o parágrafo único em questão deve ser interpretado sistematicamente, “à luz do inciso I do art. 313 (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Impensável decretar uma preventiva com base neste parágrafo único em caso de crime culposos, por exemplo”. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 733).

⁹⁶⁸ Nossa experiência judicante demonstra que o agente, preso em flagrante por crime de maior gravidade, que não porta documentos e se recusa a identificar-se, ou identifica-se com documentos que se apura serem falsos, busca ocultar sua real condição de foragido em razão de condenações anteriores.

Finalmente, existem as hipóteses de imunidade eleitoral temporária à prisão cautelar.⁹⁶⁹ Nos termos do art. 236, *caput*, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/64), nenhum eleitor poderá ser preso desde 5 (cinco) dias antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença condenatória por crime inafiançável transitada em julgado. Determina ainda esse artigo que “os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição” (§ 1º).

6.1.2. Legalidade e conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Existem três modalidades de prisão preventiva: i) autônoma ou originária (art. 311 CPP), ii) substitutiva (prisão-descumprimento ou prisão-sanção – arts. 282, § 4º, 312, parágrafo único, e 313, III, CPP); e iii) conversão (conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva – art. 310, II, CPP)

A prisão preventiva autônoma ou originária pressupõe que o imputado esteja solto ou preso temporariamente (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89), e pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou da instrução criminal, desde que presentes uma das hipóteses de cabimento (art. 313, CPP) e ao menos um dos requisitos positivos do *periculum libertatis* (art. 312, CPP), e não se verifique um dos requisitos negativos (art. 314, CPP).

A prisão preventiva substitutiva de outra medida cautelar (prisão-descumprimento ou prisão-sanção), prevista para a hipótese de seu descumprimento injustificado (art. 312, parágrafo único, CPP), não se vincula a nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 313 do Código de Processo Penal,⁹⁷⁰ sob pena de absoluta ineficácia do sistema gradual de medidas cautelares, introduzido pela Lei nº 12.403/11.⁹⁷¹

Para a imposição da prisão preventiva substitutiva, pouco importa que a pena máxima cominada ao crime não exceda a 4 (quatro) anos ou que o agente não seja reincidente em crime doloso (hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária).

⁹⁶⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 159.

⁹⁷⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 290-292. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 717.

⁹⁷¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 161-165.

Aplicada uma medida cautelar diversa da prisão, por força, muitas vezes, da própria impossibilidade de decretação da prisão originária (por se tratar, v.g., de crime doloso cuja pena máxima não excede a quatro anos ou de crime culposos), os únicos requisitos para a decretação da prisão preventiva substitutiva são o descumprimento injustificado da medida e inviabilidade de sua substituição (ou cumulação) por outra medida menos gravosa do que a prisão (art. 282, § 4º, CPP).

Se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária e da prisão preventiva substitutiva são nitidamente distintas, há controvérsia quanto à identidade ou não das hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária e da prisão preventiva por força de conversão da prisão em flagrante (prisão-conversão). Dito de outro modo, as hipóteses que autorizam a conversão da prisão em flagrante em preventiva são mais tênues do que aquelas que autorizam a decretação da prisão preventiva originária, ou são exatamente as mesmas?

Fernando Capez sustenta que a prisão preventiva decorrente de conversão do flagrante (que também denomina de convertida, convolada ou transformada), é cabível mesmo fora das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal, uma vez que o art. 310, II, refere-se apenas aos requisitos do art. 312 (garantia da ordem pública, da ordem econômica, necessidade da instrução e assegurar a aplicação da lei penal) e à insuficiência de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão. A seu ver,

a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência previstas no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (CPP, art. 319). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de *periculum in mora* [*rectius, periculum libertatis*], porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses autorizadoras da prisão (...). Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto, e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí a diversidade de tratamento legal.⁹⁷²

Não há, todavia, como se concordar com esse entendimento.

Como observa Antônio Scarance Fernandes, esteja o imputado solto ou preso em flagrante, a prisão preventiva deve obrigatoriamente observar as hipóteses de cabimento previstas no art. 313 do Código de Processo Penal,

⁹⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 340-342.

inexistindo razão para não exigí-las na prisão derivada do flagrante, com base no frágil argumento de que o artigo 310, II, CPP, ao se referir à conversão da prisão em flagrante em preventiva, apenas faz remissão ao art. 312. O tratamento desigual à pessoa presa em flagrante somente seria justificável se fosse sustentado por especiais exigências cautelares, que, todavia, inexistem, não podendo ser extraídas do simples fato de a pessoa ser pilhada no momento em que realizava o crime. Isso apenas dá maior aparência de cometimento da infração penal, mas não ampara diferentes exigências de condições para a prisão, condições essas assentadas em quantidades das penas dos crimes (inciso I, do artigo 313, CPP) ou em condenação anterior da pessoa (inciso II, do artigo 313, CPP).⁹⁷³

Em abono à incidência do art. 313 do Código de Processo Penal para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, Andrey Borges de Mendonça assevera que “do contrário, teríamos crimes que não admitiriam a decretação da prisão preventiva originária, mas a permitiram por via da conversão da prisão em flagrante, o que seria totalmente incoerente e sem razão”.⁹⁷⁴

6.1.3. Legalidade e poder geral de cautela

No processo civil, dada a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei.⁹⁷⁵ Trata-se do chamado poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil,⁹⁷⁶ que admite a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas.

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (art. 5º, LIV, CF),⁹⁷⁷ exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.⁹⁷⁸

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto “legalidade da repressão”, como exigência de tipicidade (*nulla coactio sine lege*) das medidas

⁹⁷³ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 294.

⁹⁷⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 214.

⁹⁷⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – execução e processo cautelar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251, vol. 3.

⁹⁷⁶ Art. 798, CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e de difícil reparação”.

⁹⁷⁷ Sobre o princípio do devido processo legal, confira-se item 3.3.

⁹⁷⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 315-316.

cautelares,⁹⁷⁹ a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.⁹⁸⁰

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.⁹⁸¹

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.⁹⁸²

Nem se invoque a proporcionalidade para legitimar a adoção de medida cautelar atípica, ainda que a pretexto de ser mais favorável ao imputado.

Como já ressaltamos neste trabalho,⁹⁸³ a proporcionalidade é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais, e não uma válvula ajustável ao talante do intérprete para justificar suas violações. Repita-se, uma vez mais e sempre, que a proporcionalidade não pode ser transformada em “gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”.⁹⁸⁴

A propósito, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano adverte que, no processo penal, a ponderação dos interesses em conflito não pode conduzir à quebra do princípio da legalidade, de modo que, por mais relevantes que sejam os interesses estatais, não encontra justificação a adoção de medidas legalmente inadmissíveis, ainda que o puro contrapeso dos valores envolvidos no caso concreto aconselhe ignorar o interesse individual em benefício da comunidade.⁹⁸⁵

⁹⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 69.

⁹⁸⁰ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp.395-396. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 420. CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.).Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 708.

⁹⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 782. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 759-761.

⁹⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 759-761. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 781-782. GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46. Em sentido contrário, admitindo o poder geral de cautela para medidas cautelares pessoais, desde que diversas da prisão: LIMA, Marcellus Polastri e. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 568-574.

⁹⁸³ Vide item 3.2.2 (vedações constitucionais à prisão cautelar).

⁹⁸⁴ Habeas Corpus nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08.

⁹⁸⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 231. Esse autor critica, veementemente, a possibilidade de, mediante um contrapeso supralegal de valores, desligado das garantias estabelecidas por lei, adotarem-se

O crime de coação no curso do processo é um exemplo emblemático.⁹⁸⁶ Em razão da pena máxima a ele cominada não exceder a 4 (quatro) anos, é vedada a decretação da prisão preventiva (art. 313, I, CPP), que, originariamente,⁹⁸⁷ somente será admitida se o imputado for reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP) ou se houver dúvida a respeito da identidade civil do imputado ou se ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (art. 313, parágrafo único, CPP). Logo, se o autor da coação no curso do processo for primário, o juiz somente poderá impor-lhe medidas cautelares diversas da prisão, reservando-se a prisão preventiva, tão somente, para a hipótese de seu

medidas legalmente inadmissíveis, quando concorrerem importantes interesses do Estado. “Em nosso juízo, se se aceita o contrapeso ‘supralegal’ de valores para justificar o descumprimento da lei, em prejuízo do grau de proteção dos direitos individuais estabelecido, abre-se uma brecha no princípio da legalidade e se atribui ao princípio da proporcionalidade uma função pervertida que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, fazem com que o princípio perca sua finalidade de limite das restrições, permitindo-se, com isso, ao Estado mascarar, com argumentos pseudojurídicos, atuações arbitrárias” (*Op. cit.*, p. 71). Lênio Luiz Streck, embora tratando de outra garantia fundamental, critica o uso das interceptações telefônicas, como prova emprestada, na esfera civil, “a partir de um juízo de proporcionalidade, autorizado pela discricionariedade judicial”. Para esse autor, não se pode utilizar a proporcionalidade para expandir aquilo que vem expressamente determinado pela Constituição ou, mais precisamente, para descumprir regra constitucional expressa, o que constitui uma arbitrariedade. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42). Cabe, aqui, uma ressalva. A premissa por ele adotada é correta – a proporcionalidade não pode ser invocada para descumprimento de regra constitucional –, mas discordamos de sua conclusão. Entendemos que jamais poderá ser autorizada a censura telefônica propriamente dita para fins processuais civis, uma vez que a Constituição Federal somente a autoriza, por ordem judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XIII). A questão, portanto, já foi objeto de ponderação pelo constituinte, que enunciou a citada regra e vedou a produção dessa prova para fins processuais civis. Ocorre que, uma vez rompida, lícitamente, para fins processuais penais, a intimidade constitucionalmente tutelada, e desde que não se constate a utilização indevida do processo penal como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 185-186), não há óbice ao transporte da prova já produzida (áudios gravados e/ou laudo de degravação) para processo de outra natureza. Distinguem-se, pois, a admissão e produção da prova, somente cabíveis no processo penal, e o uso do resultado documental da prova já produzida, a ele não restrito. Assim, v.g., em processo de modificação de guarda ou de destituição do poder familiar, fundado na prática, pelo genitor, de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638, III, Código Civil), será plenamente admissível o uso, como prova emprestada, do resultado de interceptações telefônicas de conversas por ele mantidas, no curso de investigação ou processo criminal em que figure como imputado, que apure estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) ou crimes relativos a pedofilia (arts. 240 a 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente). O Supremo Tribunal Federal, na esteira desse raciocínio, admitiu o uso, em processo disciplinar instaurado pelo Conselho Nacional de Justiça contra magistrado, do resultado de interceptação telefônica obtida em inquérito ou processo-crime, “como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar” (Inq. 2.424/RJ – Questão de Ordem, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 24/8/07).

⁹⁸⁶ Art. 344 do Código Penal: “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa, além da pena correspondente à violência”.

⁹⁸⁷ Se ao autor da coação no curso do processo tiver sido imposta medida cautelar diversa da prisão, o seu descumprimento poderá ensejar a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP). Mas não se tratará de prisão preventiva *originariamente* decretada, mas de prisão substitutiva de outra medida cautelar, em razão do seu descumprimento.

descumprimento.⁹⁸⁸

Diante do princípio da legalidade estrita, não cabe argumentar, para contornar a expressa vedação legal à prisão preventiva originária, com a proporcionalidade e com o interesse público, a pretexto de que “o legislador esqueceu-se do tipo previsto no artigo 344 do Código Penal, quando insculpiu a regra limitativa do artigo 313, I, do C.P.P.” e das “severas consequências, frequentemente irreversíveis, que podem advir da conduta daquele que intimida testemunhas no curso de um processo criminal”.⁹⁸⁹

Não há como, repita-se, placitar esse entendimento, uma vez que, em sede de medidas cautelares pessoais, o exercício do poder jurisdicional está estritamente vinculado ao princípio da legalidade, e a ponderação dos supostos interesses em conflito não pode levar à quebra desse princípio.⁹⁹⁰

Se o crime de coação no curso do processo “envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”, a prisão preventiva também não poderá ser decretada de forma originária, mas sim de forma substitutiva à medida protetiva de urgência imposta, para garantir a sua execução (art. 313, III, CPP). É o caso do agente que, proibido de se aproximar e de manter contato com a vítima (art. 22, III, “a” e “b”, da Lei nº 11.340/06), usa de violência ou grave ameaça para compeli-la a não comparecer à audiência de instrução designada.

Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se um número fechado de hipóteses, “sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)” do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.⁹⁹¹ Trata-se de

⁹⁸⁸ Nesse sentido, SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 493-494.

⁹⁸⁹ Nesse sentido, a lição de Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, que ainda indagam: “Alguém preferirá aplicar medidas não privativas de liberdade sobre indivíduo que vem descarada e agudamente ameaçando testemunhas em um processo crime?”. (AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 11.403/11 comentadas artigo por artigo*. Leme: J. H. Mizuno, 2012, pp. 99-100). Não se trata, todavia, de uma mera questão de preferência, mas sim de estrita observância do princípio da legalidade.

⁹⁹⁰ Sobre legalidade e proporcionalidade, vide itens 3.2 e 3.8. Sobre a questão do interesse público no processo penal, vide item 3.7.2.4.

⁹⁹¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 717. Contra: Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano sustenta que, apesar da falta de previsão normativa, no direito espanhol, de medidas alternativas, “e sem prejuízo do desejável desenvolvimento legislativo de alternativas menos gravosas”, é possível defender-se, na Espanha, como consequência do princípio constitucional da intervenção mínima e da interpretação mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais, a possibilidade de os juízes aplicarem medidas alternativas às legalmente previstas, quando observadas três condições: i) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; ii) “cobertura legal suficiente” da limitação de direitos fundamentais que a medida venha a restringir, e iii) existência de infraestrutura necessária para sua aplicação, a fim de garantir sua eficácia. A ser ver, essas condições evitariam a arbitrariedade judicial. (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y*

uma enumeração exaustiva (*numerus clausus*), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (*numerus apertus*).

Exemplificativamente, é vedada, em face de ausência de previsão legal, de imposição de medida cautelar de monitoramento pessoal, que poderia consistir na determinação judicial para o exercício de vigilância pessoal direta, permanente e ininterrupta sobre o imputado, inclusive em seu domicílio,⁹⁹² a fim de que todos os seus atos fossem diuturnamente monitorados pela autoridade policial e seus agentes.⁹⁹³

Não há que se confundir, todavia, enumeração exaustiva com interpretação literal e restritiva do enunciado, uma vez que, por força do *favor rei*, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao imputado.

O art. 319, V, do Código de Processo Penal, prevê a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalho fixos. Presumiu o legislador, de forma infeliz, que o trabalho se exerce no período diurno e o repouso no período noturno, quando o contrário também se verifica. Ora, a *ratio* do dispositivo é a de que, fora do seu período de trabalho e nos dias de folga, deva o imputado permanecer recolhido ao seu domicílio. Logo, a medida será cabível, qualquer que seja (diurno ou noturno) o período de trabalho, sob pena de grave violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, CF).

Também não há razão jurídica para se negar o benefício a quem apenas estude e/ou não tenha trabalho fixo, sob pena de indevida discriminação, mesmo porque o fator

derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990, pp. 200-202). No mesmo sentido: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.178-181. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 79-84. Como já tivemos oportunidade de salientar na nota de rodapé n. 763, antes da Lei nº 12.403/11, havia decisões judiciais que, sem previsão legal, ao arrepio do princípio da taxatividade e a pretexto do exercício de um poder geral de cautela, impunham o recolhimento do passaporte do imputado como *conditio sine qua non* para a concessão ou manutenção da liberdade provisória, sob o falacioso argumento, nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, de que, com essa medida cautelar atípica, buscava-se beneficiar o imputado, evitando-se a sua prisão. Ocorre que as alternativas de então eram somente prisão cautelar ou liberdade provisória, no caso de flagrante legítimo. Logo, ausentes os pressupostos da custódia cautelar, se o agente houvesse sido preso em flagrante, teria direito à liberdade provisória, e se não houvesse flagrante, seria vedada a decretação da prisão preventiva. Em ambos os casos, a consequência deveria ser a liberdade (provisória, no primeiro caso, e plena, no segundo), sem o ônus da entrega do passaporte. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 760).

⁹⁹² Na ampla acepção que lhe confere o art. 150, § 4º, do Código Penal, segundo o qual a expressão “casa” compreende: i) qualquer compartimento habitado; ii) aposento ocupado de habitação coletiva e iii) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

⁹⁹³ A similaridade com o monitoramento eletrônico por tornozeleira ou bracelete reside, tão somente, no exercício de controle diuturno sobre a liberdade de locomoção do imputado. Mas, diferentemente da modalidade eletrônica, o monitoramento pessoal, na forma indicada, conduziria à supressão do seu direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, CF), sem previsão legal, implicando verdadeira devassa em sua vida privada.

determinante para a eliminação do *periculum libertatis* não é o trabalho fixo em si, mas o próprio recolhimento domiciliar. Desta feita, caso o imputado esteja desempregado, ou seja, estudante, nada obstará a aplicação da medida em questão, competindo ao juiz estabelecer os horários em que ele deva se recolher ao seu domicílio.

Por outro lado, o *favor rei* não obsta a interpretação teleológica. A proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP) compreende tanto locais físicos quanto virtuais, como redes sociais ou sítios eletrônicos, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, “deva o indiciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”. Invoque-se, a título de exemplo, a proibição de um acusado de estupro ou pedofilia acessar *chats* ou “salas de bate-papo virtuais”, onde haja risco de aliciar crianças e adolescentes. Também a proibição de acesso a redes sociais pode, concretamente, impedir o seu uso para a prática de ilícitos, como a postagem de material pornográfico ou de mensagens racistas, ameaçadoras, caluniosas, difamantes, injuriosas, que façam apologia de crimes etc.

Finalmente, o princípio da taxatividade (*numerus clausus*) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei, como alarma social e clamor público.⁹⁹⁴

6.2. Justificação constitucional ou teleológica

O segundo exame, no processo lógico-racional de individualização da medida cautelar pessoal, é o da justificação constitucional ou teleológica da medida de intervenção no direito de liberdade. Se a legalidade fixa a constitucionalidade do “meio”, a justificação teleológica fixa a constitucionalidade do “fim”.⁹⁹⁵

A rigor, a justificação constitucional do fim não constitui pressuposto do exame da proporcionalidade, mas sim elemento de uma de suas sub-regras (idoneidade ou adequação). Ao analisarmos o exame da adequação, salientamos que toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Aduzimos também que não há unanimidade na doutrina em

⁹⁹⁴ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 418. Essa questão será objeto de análise no item 6.7.1, ao tratarmos da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

⁹⁹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 319. Segundo o autor, justificação teleológica, justificação constitucional e justificação jusfundamental são sinônimos. (*Op. cit.* p. 318, nota de rodapé n. 174).

tratar a legitimidade do fim como uma exigência do exame de idoneidade, pois há quem a considere um dado alheio e externo à proporcionalidade, e há quem a considere uma sub-regra independente na estrutura da proporcionalidade, ou, mais precisamente, uma quarta sub-regra. Registramos, em arremate, que a maior parte da doutrina sustenta que a legitimidade constitucional do fim integra a sub-regra da adequação (idoneidade), constituindo, ao lado do favorecimento do fim, um dos seus dois subníveis.⁹⁹⁶

Para Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, a justificação teleológica não integra o exame da proporcionalidade propriamente dito, uma vez que constitui, ao lado do princípio da legalidade, um dos seus pressupostos. Trata-se, a seu ver, de um pressuposto de natureza material porque introduz, na avaliação da admissibilidade das intervenções nos direitos fundamentais, os valores que a atuação estatal pretende proteger e que precisam gozar de força constitucional suficiente para se defrontarem com os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos, haja vista que “o princípio da proporcionalidade requer que toda limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos”.⁹⁹⁷ Nessa ótica, a legitimidade constitucional do fim é um elemento externo, que antecede o exame da proporcionalidade.

A nosso ver, a legitimidade constitucional do fim ou justificação teleológica integra o exame da idoneidade ou adequação, uma vez que não há como se dissociar o favorecimento do fim de sua legitimidade constitucional. Logo, se for ilegítimo o fim que se busca promover com a intervenção no direito de liberdade, a medida não será adequada (idônea) e, portanto, será desproporcional.

Todavia, dada a extrema relevância da legitimidade constitucional do fim em matéria de intervenção no direito de liberdade, preferimos, na esteira do método proposto por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, destacá-la do exame da adequação propriamente dito, para que, já no início do processo de individualização da medida cautelar pessoal, o juiz possa aferi-la.

Não se cuida, nesse momento, de examinar a idoneidade em si do meio, mas tão somente de identificar o fim, isoladamente considerado, como pressuposto para a imposição de uma medida cautelar, para verificar se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional.⁹⁹⁸

⁹⁹⁶ Vide item 3.8.5.1.

⁹⁹⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 99.

⁹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347.

Caso se trate de um fim ilegítimo ou irrelevante, a medida, de antemão, será considerada inadmissível, por ser absolutamente arbitrária.

Embora a Constituição Federal, ao tratar da prisão cautelar, não indique os fins que devam orientá-la, os parâmetros para aferir a sua justificação teleológica são fornecidos por princípios constitucionais, como a presunção de inocência (art. 5º, LVII), que torna ilegítima qualquer prisão cautelar automática ou obrigatória, baseada na mera gravidade objetiva da imputação, sem a demonstração concreta da sua necessidade.

A imparcialidade do juiz, como princípio inseparável da própria jurisdição,⁹⁹⁹ também é um parâmetro para se aferir o pressuposto da justificação teleológica. Lamentavelmente, registram-se ao menos dois casos teratológicos de prisões cautelares ordenadas para a satisfação de sentimentos pessoais do juiz, de manifesta ilegitimidade constitucional.¹⁰⁰⁰

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado em 27/3/13, nos autos da ação penal nº 9027471-33.2003.8.26.0000, condenou uma juíza de direito, por violação de sigilo telefônico (art. 10 da Lei nº 9.296/96) e denúncias caluniosas (art. 339, CP), à pena de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de multa, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de falsidade ideológica. O Tribunal de Justiça também decretou a perda do seu cargo público (art. 92, I, CP). Segundo o acórdão, após romper um conflituoso relacionamento amoroso, a juíza de direito, sem afirmar suspeição, atuou em ação penal ajuizada contra o pai do ex-namorado e julgou-a procedente, condenando-o à pena de 9 (nove) meses de detenção, em regime semiaberto. Embora a pena aplicada admitisse substituição por restritiva de direitos ou *sursis*, a juíza negou qualquer benefício ao réu, inclusive o direito de apelar em liberdade, e ordenou a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor, retendo os autos em seu poder. Determinou ainda, de acordo com o acórdão, que fosse lavrado falso termo de conclusão e rasuradas datas de registro de sentenças. A juíza também ordenou a interceptação das comunicações telefônicas de seu ex-namorado, com objetivos não autorizados por lei. Imbuída do propósito de investigar a sua vida particular e por motivos exclusivamente pessoais, a juíza de direito oficiou à operadora de telefonia, determinando o

⁹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

¹⁰⁰⁰ Os julgamentos a seguir citados são públicos e a íntegra dos respectivos acórdãos está disponível para consulta em www.tjsp.jus.br.

redirecionamento das chamadas censuradas para o seu próprio telefone e a remessa do histórico de ligações para o seu endereço residencial.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado em 20/3/13, nos autos da ação penal nº 0075132-20.2010.8.26.0000, condenou um juiz de direito e um promotor de justiça, por prevaricação (art. 319, CP), à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de multa, e decretou a perda dos respectivos cargos públicos, por manifesta ilegalidade e abuso de poder na decretação da prisão preventiva de um padeiro, ao qual se imputava mero crime de ameaça contra um advogado, para suposta garantia da ordem pública. Segundo o acórdão, o padeiro, vítima de adultério cometido por sua esposa com aquele advogado, sintomaticamente colega do promotor e do juiz de direito em instituição de ensino, foi preso por três dias,

devido ao promotor formular requerimento e o juiz ordenar a preventiva, em expediente desprovido de formação de culpa e com usurpação de atribuições e competência do juiz e promotor natural, provando-se que a estratégia, com o respaldo da Administração Pública, foi planejada e executada com o propósito de intimidar ou calar o marido traído, em benefício ou para agrado do camarada da faculdade.¹⁰⁰¹

O direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), por sua vez, projeta largos efeitos em matéria de prisão cautelar. De acordo com Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no *privilege against self-incrimination*.¹⁰⁰²

O reconhecimento desse princípio, que se funda no instinto ou dever natural de

¹⁰⁰¹ Consignou-se, nesse julgado, que a “prisão preventiva é medida excepcional, tanto que o art. 313, I, do CPP (alterado pela Lei 12403/2011) estabeleceu o seu cabimento apenas em crime doloso com pena máxima superior a 4 anos. Embora o dispositivo tenha sido introduzido na organização jurídica após os fatos, a qual não poderia ser aplicada no caso, a lembrança é inserida como argumento de que o legislador admitiu o que os juízes de todas as épocas deveriam ter em mente, ou seja, que prisão preventiva se justifica para atender emergências e evitar o *periculum in mora*. Por mais que a defesa se empenhe em tentar demonstrar que a prisão de [...] era necessária, a argumentação perde todo o sentido e racionalidade quando se constata não existir um fato concreto que colocasse em risco a integridade física do Advogado e, especialmente, a garantia da instrução criminal. O CPP foi alterado para filtrar os casos de preventiva, permitindo sua decretação apenas e quando (último caso) as cautelares forem insuficientes ou descumpridas (arts. 282, § 4o, 310, II e 312, § único, todos do CPP)”. Por fim, o acórdão assentou que “o fator relevante não está nos dias e horas da pena ilegal exaurida, mas, sim, no impacto da decisão judicial no patrimônio do envolvido e da sociedade como um todo, porque revela a vulnerabilidade do sistema jurídico (e legal, consequentemente) pelos agentes que descumprem os compromissos e o cumprimento do princípio da impessoalidade inscrito no art. 37, da Constituição Federal. O crime foi consumado graças ao empenho dos réus que, burlando as normas de segurança do processo justo e do juiz e promotor natural, colocaram atrás das grades uma vítima de adultério porque ela ousou reclamar do assédio do advogado, amigo das autoridades, à esposa”. Acórdão disponível em www.tjsp.jus.br.

¹⁰⁰² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

autopreservação,¹⁰⁰³ representa o respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal e a vedação da produção de provas que impliquem violação de direitos do imputado, numa limitação à busca da verdade.¹⁰⁰⁴ Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e seu parágrafo único, CPP).

Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.¹⁰⁰⁵ Nesses casos, embora constitucional a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziu um resultado inconstitucional.¹⁰⁰⁶

Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária.¹⁰⁰⁷

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante foi a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida.¹⁰⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação

¹⁰⁰³ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

¹⁰⁰⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

¹⁰⁰⁵ Nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 248-249. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p.162. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 277-280.

¹⁰⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347, nota de rodapé n. 6.

¹⁰⁰⁷ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 394-395 e pp. 401-403. O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que *o periculum libertatis* não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações. Por essa razão, Grevi assevera “(...) *che in nessun caso l'esercizio del diritto al silenzio, da parte dell'imputato, possa essere posto a fondamento, sul terreno del periculum libertatis, di una misura cautelare disposta a suo carico e, quindi, a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carceraria) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l'imputato stesso a collaborare con l'autorità giudiziaria*”.

¹⁰⁰⁸ Habeas Corpus nº 99.289/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 4/8/11.

da prisão temporária ou preventiva do imputado pelo seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento¹⁰⁰⁹ ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório”.¹⁰¹⁰

E não é só. Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente.

Essa questão evidencia-se em investigações complexas, que envolvam, v.g., uma intrincada cadeia de agentes, quando não organizações criminosas, na prática de crimes contra a administração pública, o sistema financeiro nacional ou de lavagem de dinheiro, em que haja interesse concreto dos órgãos da persecução penal em formalizar com o investigado um acordo de colaboração premiada, visando a identificação dos demais coautores e partícipes e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas, ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (arts. 3º, I, e 4º, da Lei nº 12.850/13).

Ainda que legalmente se admita, diante da relevância da colaboração, o perdão judicial, a redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 3º, I, e 4º, da Lei nº 12.850/13), é vedado utilizar-se da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar.

A imposição da fiança também exige justificação constitucional.

Jordi Nieva Fenoll, ao tratar da fiança, observa, com certa ironia, que se cuida de determinar qual o montante em dinheiro que obstará a fuga do imputado e que o seu pressuposto é ingênuo, pois não será o depósito de bens ou valores que irá dissuadir os propósitos de evasão de quem, de fato, teme por sua liberdade.¹⁰¹¹

A fiança se destina, primordialmente, a “assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial” (art. 319, VIII, CPP). Tem por finalidade, ainda, garantir o pagamento da

¹⁰⁰⁹ Habeas Corpus nº 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07.

¹⁰¹⁰ Habeas Corpus nº 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000.

¹⁰¹¹ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 166.

indenização *ex delicto*, da pena pecuniária e das custas processuais, para a hipótese de a fuga do imputado se concretizar.¹⁰¹²

A fiança, portanto, não pode ser imposta para garantir a execução de outras medidas cautelares, senão para aqueles fins legalmente previstos. Não bastasse isso, a fiança jamais pode ser arbitrada em valor excessivo,¹⁰¹³ que implique verdadeira negativa do direito à liberdade,¹⁰¹⁴ por falta de justificação constitucional.

A norma do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, em razão de mutação constitucional já abordada neste trabalho,¹⁰¹⁵ determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou

¹⁰¹² FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 166. Nesse particular, estabelece o art. 336 do Código de Processo Penal que “o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”. Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 42.049/SP, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 3/2/14, “o instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras.”

¹⁰¹³ A Emenda VIII à Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, expressamente proíbe a imposição de fianças exageradas (“excessive bail shall not be required”) ou multa excessivas (“nor excessive fines imposed”).

¹⁰¹⁴ Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “o valor da fiança deve guardar correspondência com a capacidade econômica do preso, que será atestada pela autoridade competente, de modo que não seja arbitrada em valores irrisórios, tornando inócua sua função, tampouco em quantias excessivamente elevadas, que se traduzam, na prática, em manutenção da prisão. E, quando constatada a insuficiência de recursos do acusado para arcar com o seu valor sem comprometer a sua subsistência e a de sua família, o juiz poderá, nos termos do art. 350 do CPP, conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 e a outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (...). Como se sabe, o art. 319 do Código de Processo Penal traz um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, o que impõe ao magistrado, como qualquer outra decisão acauteladora, a demonstração das circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente que justifique a medida restritiva a ser aplicada. Na espécie, manteve-se a medida cautelar da fiança sem levar em consideração fator essencial exigido pela legislação processual penal e indispensável para o próprio arbitramento do valor: capacidade econômica do agente. Não há, portanto, fundamentação adequada, (...) não havendo razão jurídica em manter a fiança, no caso, como óbice intransponível para a liberdade” (HC nº 114.731/SP, Segunda Turma, Ministro Teori Zavascki, DJe de 16/4/14). Nesse caso, foi arbitrada fiança de cinco salários mínimos pela suposta prática dos crimes de embriaguez ao volante e direção sem habilitação. O paciente era pobre: cuidava-se de um pedreiro, casado com empregada doméstica, e assistido pela Defensoria Pública. Foi concedida a liberdade provisória ao paciente, com a dispensa do pagamento de fiança, ressalvada a hipótese de oportuna imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 236.748/DF, Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 1º/8/12, que “(...) a imposição da fiança, dissociada de qualquer dos pressupostos legais para a manutenção da custódia cautelar, não tem o condão, por si só, de justificar a prisão cautelar do réu, a teor do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal, quando a situação econômica do réu assim não a recomenda, tal como se verifica na hipótese, em que o Paciente se diz hipossuficiente”. No mesmo sentido, Habeas Corpus nº 113275/PI, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/2/11. Em suma, “a fiança a ser arbitrada deve conter estreita ligação com a possibilidade de pagamento pelos agentes, não sendo possível admitir-se, pois, que ela venha ser fixada em patamar que ultrapasse as suas condições financeiras (ausência de adequação)”, “principalmente quando se tratarem de moradores de rua” (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 238.956/SP, Sexta Turma, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 18/6/12).

¹⁰¹⁵ Vide item 4.1.

liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A imposição de fiança em valor impossível de ser recolhido, por força das limitadas condições financeiras do imputado, implica não apenas a negação desse direito constitucionalmente assegurado, como também, e o que é mais grave, verdadeira burla ao texto constitucional. Desta feita, a fixação da fiança deve necessariamente levar em consideração “a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento” (art. 326, CPP), e, se o recomendar a situação econômica do imputado, pode ser dispensada,¹⁰¹⁶ reduzida de até 2/3 ou aumentada em até mil vezes (art. 325, § 1º, CPP).

6.3. Judicialidade

A judicialidade, como norma fundamental reitora da intervenção no direito de liberdade, já foi analisada neste trabalho.¹⁰¹⁷ Remanescem, todavia, algumas questões de grande relevância a serem abordadas.

Nos termos do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Somente a autoridade judiciária, portanto, pode decretar prisão temporária ou preventiva ou aplicar medida cautelar diversa da prisão (arts. 282, § 2º, 283, 310 e 321, CPP). Por essa razão, embora Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano trate a judicialidade como requisito subjetivo,¹⁰¹⁸ cuida-se de verdadeiro pressuposto de existência do ato.¹⁰¹⁹

A autoridade policial, por sua vez, tem atribuição apenas para conceder liberdade provisória mediante fiança, como contracautela¹⁰²⁰ e providência substitutiva da prisão em

¹⁰¹⁶ Art. 350, *caput*, CPP: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”. Trata-se de disposição da mais alta relevância, destinada a tutelar a liberdade dos hipossuficientes, por vezes não observada pelos juízes.

¹⁰¹⁷ Confirma-se item 3.5.

¹⁰¹⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78.

¹⁰¹⁹ Como já exposto na nota de rodapé n. 952 *supra*, “sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 266, em especial a nota de rodapé n. 9. A ordem judicial, portanto, é pressuposto de existência, e não requisito da prisão e das medidas cautelares pessoais.

¹⁰²⁰ Como já exposto no item 5.5, a liberdade provisória, com ou sem fiança, não constitui medida cautelar diversa da prisão, mas sim uma contracautela que pressupõe o estado coercitivo do flagrante.

flagrante, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (arts. 322 e 323, CPP), sendo-lhe vedado impor, em cumulação, medidas cautelares diversas, matéria reservada exclusivamente à apreciação judicial (art. 321, CPP).

Na fase da investigação criminal, o juiz não pode, de ofício, decretar medidas cautelares, uma vez que depende de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público (art. 282, § 2º, CPP). Essa mesma vedação, em relação à prisão temporária, já constava da respectiva lei de regência (art. 2º, da Lei nº 7.960/89).

Com fundamento nos arts. 282, § 2º (que veda a imposição, de ofício, de qualquer medida cautelar na fase da investigação preliminar), e 311 (que veda a decretação, de ofício, da prisão preventiva, na fase da investigação preliminar), ambos do Código de Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que é vedado ao juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, convertê-la de ofício em prisão preventiva, o que somente “poderá ocorrer se houver pedido nesse sentido”, vale dizer, se houver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. “Não havendo, ou o Juiz aplica uma das medidas cautelares do art. 319 ou concede a liberdade provisória, com ou sem fiança, tal como dispõe o inc. III do art. 310”.¹⁰²¹

Nessa esteira, sustenta-se que, além de uma interpretação sistemática exigir a conjugação dos arts. 282, §2º, e 310, II, do Código de Processo Penal, a atuação de ofício do juiz, máxime na fase da investigação criminal de um sistema acusatório, poderia comprometer sua imparcialidade e “romper o necessário equilíbrio entre as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução penal”.¹⁰²²

¹⁰²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 495-496, Vol. 3. A solução por ele preconizada é contraditória, uma vez que, nos termos do mesmo art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal, por ele invocado, nenhuma medida cautelar pode ser decretada de ofício na fase da investigação criminal. Logo, se o juiz, na fase do art. 310 do Código de Processo Penal, não puder converter a prisão em flagrante, de ofício, em preventiva, também não poderá impor, de ofício, medida cautelar dela diversa.

¹⁰²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44-45. Para Geraldo Prado, “a vedação da decretação da prisão preventiva de ofício é absoluta, por exigência do sistema acusatório, mesmo que se trate da impropriamente denominada ‘conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva’, prevista no inc. II do Código de Processo Penal”. (PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória*. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 129-130). Segundo Aury Lopes Jr., a inércia do juiz e seu afastamento da esfera de atividade das partes são condição de sua imparcialidade e algumas das principais características do sistema acusatório, em contraposição ao sistema inquisitivo. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 115-142). No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 49-51.

A nosso ver, todavia, o art. 310, II, do Código de Processo Penal, constitui exceção à regra do art. 282, § 2º, ao prever que juiz, de ofício, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá impor medidas cautelares diversas da prisão ou, se estas se revelarem inadequadas ou insuficientes, converter o flagrante em prisão preventiva. Diferentemente da hipótese de decretação originária da prisão preventiva, quando o imputado se encontra solto, no caso de prisão em flagrante a situação de máxima compressão da liberdade do imputado está a exigir imediato exame da necessidade ou não de sua subsistência, constituindo a comunicação do flagrante, por si só, provocação suficiente à atuação jurisdicional.¹⁰²³

Atuar o juiz de ofício, nessa fase específica, torna desnecessários requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão ou para a própria conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, mas não dispensa a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa, em atenção ao princípio do contraditório.¹⁰²⁴

Imperiosa, portanto, a prévia ouvida do Ministério Público e da defesa, a fim de que se pronunciem sobre a regularidade do flagrante, a concessão de liberdade provisória, a aplicação da medida cautelar pertinente ou a conversão do flagrante em preventiva. Aliás, a manifestação da defesa é imprescindível não apenas para elidir as razões de eventual requerimento de conversão do flagrante em prisão preventiva deduzido pelo Ministério Público, como também para sustentar a inadequação ou desnecessidade, até mesmo por excessiva onerosidade, da fiança ou outra (s) medida(s) alternativa(s) que venha(m) a ser proposta(s).

De todo modo, repita-se, ausente representação da autoridade policial ou manifestação expressa do Ministério Público pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, o juiz poderá, de ofício,

¹⁰²³ Nesse sentido, aduz Andrey Borges de Mendonça: “Nem se alegue que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, prevista no art. 310, inc. II, durante o inquérito, seja um permissivo para a atuação de ofício do magistrado. Em verdade, na hipótese do art. 310, já houve uma prisão anterior em flagrante, de sorte que o magistrado não está tomando qualquer iniciativa. A prisão em flagrante já foi realizada por qualquer do povo ou pela autoridade policial e o magistrado apenas verifica se há necessidade de sua manutenção. O que o legislador chama de “converter” deve ser compreendido no sentido de verificar os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva (...). Na prática, a prisão já ocorreu e o juiz não a decreta, mas apenas verifica se é caso de manter a prisão ou conceder a liberdade. Atua dentro de sua função de garantidor do inquérito policial, zelando para que a prisão somente seja mantida se realmente houver sua necessidade”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 228). No mesmo sentido: JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 290. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 689.

¹⁰²⁴ Sobre princípio do contraditório, vide item 3.6.

adotar uma ou outra providência ao receber a comunicação da prisão em flagrante.

6.4. Motivação

A motivação e sua estrutura, fatores determinantes da controlabilidade das decisões judiciais, já foram analisadas neste trabalho.¹⁰²⁵ Remanescem, todavia, algumas questões de grande relevância a serem abordadas.

A imposição de qualquer medida cautelar exige adequada motivação, uma vez que não se outorgam poderes discricionários ao juiz nessa seara. Essa motivação compreende a demonstração concreta da hipótese de cabimento da medida cautelar, dos seus pressupostos (o *fumus commissi delicti*, que se traduz na existência da infração e nos indícios de autoria), requisitos (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado, o *periculum libertatis*), e dos critérios utilizados para a escolha de determinada medida cautelar, dentre as legalmente previstas.

A necessidade de indicação concreta dos pressupostos e requisitos da medida cautelar pessoal rechaça, desde logo, qualquer possibilidade de referência genérica aos elementos de informação ou às provas dos autos para justificar a imposição de uma medida cautelar. Embora tratando de questão diversa (dosimetria da pena), já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o recurso à expressão genérica “os elementos demonstram”, sem a sua concreta indicação, é incompatível com o dever de motivação expressa.¹⁰²⁶

Outrossim, como a prisão preventiva somente será admitida quando não for cabível medida cautelar dela diversa (art. 282, § 6º, CPP), para decretá-la

deverá o juiz justificar por que nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta. Por certo, não bastará repetir os termos da lei e afirmar que nenhuma outra medida é adequada.¹⁰²⁷

O recurso a fórmulas de estilo, válidas para todos os casos e para qualquer imputado, sem a efetiva análise dos elementos concretos dos autos, constitui hipótese de motivação aparente, o que equivale a dizer inexistente.¹⁰²⁸

¹⁰²⁵ Confira-se item 3.7.

¹⁰²⁶ Recurso em Habeas Corpus nº 123.529/GO, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 17/11/14.

¹⁰²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 745.

¹⁰²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, a motivação poderá ser sintética, desde que seja completa, vale dizer, que compreenda suficientemente toda a área decisória, justificando-se todas as opções adotadas. O requisito de integridade (= completeza ou completitude) da motivação

não se confunde, em absoluto, com a sua prolixidade, seja pela excessiva utilização de desnecessários argumentos puramente retóricos, seja pela indicação de fundamentos de duvidosa pertinência com o objeto da motivação: tanto uma motivação pode ser sintética e, ao mesmo tempo, completa, como outra pode ser superabundante e simultaneamente incompleta.¹⁰²⁹

Questão mais complexa é a atinente aos denominados artifícios da motivação, como a motivação implícita e a motivação *ad relationem*, expedientes ou subterfúgios que comprometem o requisito de integridade da decisão, por representarem uma omissão relevante no discurso judicial, que pode ou não ser superada pela integração de dados extraídos do próprio contexto da motivação ou nela referidos.¹⁰³⁰

Na motivação implícita,

a superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi. Em outros termos, os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.¹⁰³¹

Na decisão que impõe medida cautelar pessoal, Antônio Magalhães Gomes Filho admite a motivação implícita quanto à capitulação legal da infração, mediante adoção da classificação feita no inquérito ou na peça de acusação, ressalvando que, se houver qualquer dúvida a respeito da qualificação jurídica dos fatos investigados ou que constituem o objeto da acusação, cumprirá ao juiz decidir sobre esse ponto controvertido com fundamentação expressa.¹⁰³²

Feita essa ressalva a respeito da qualificação jurídica dos fatos, a nosso ver, a motivação implícita é incompatível com o direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.¹⁰³³

¹⁰²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 143-144, em especial a nota de rodapé n. 2.

¹⁰³⁰ *Idem*, op. cit., pp. 161-162.

¹⁰³¹ *Idem*, op. cit., p. 162.

¹⁰³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

¹⁰³³ Vide item 4.3.

No tocante ao *fumus commissi delicti*, compete ao juiz demonstrar, com fundamentação idônea, a existência do fato criminoso e a razão por que os indícios se mostram suficientes para firmar um juízo positivo de probabilidade sobre a autoria. Não basta, pois, a mera enunciação desses indícios.¹⁰³⁴

A exigência de fundamentação expressa avulta na demonstração do *periculum libertatis*, impondo ao juiz o dever de valorar os fatos, retratados nos autos, que tipificam a situação de perigo criada pela conduta do imputado.

Pelo princípio da gradualidade, as medidas cautelares pessoais são ordenadas em termos de progressiva aflictividade, de modo que a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos necessários à satisfação das exigências cautelares.¹⁰³⁵

A prisão cautelar, como *ultima ratio*, é medida excepcionalíssima que somente poderá ser imposta quando as demais medidas cautelares mostrarem-se inadequadas ou insuficientes. Por força do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, o juiz necessariamente deverá partir da medida de menor intensidade para somente então, motivadamente, alcançar as de maior intensidade.

Admitir que a decretação da prisão cautelar implique, automática e implicitamente, que as medidas cautelares dela diversas sejam, desde logo, inadequadas ou insuficientes, importa subverter a lógica do sistema gradual de medidas cautelares e violar o dever de motivação expressa. Significa, ainda, recolocar indevidamente a prisão preventiva no baricentro do novo sistema de medidas cautelares, deitar por terra a reforma processual feita pela Lei nº 12.403/11, e recair no imobilismo, imortalizado por Giuseppe Tomasi, Príncipe de Lampedusa, em *O Leopardo*, nas palavras de Tancredi Falconieri: “Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude”, e reverberada no pensamento de Don Fabrizio Cordera, Príncipe de Salina: “Depois tudo ficará na mesma, embora tudo tenha mudado”.¹⁰³⁶

Não se exige para a decretação da prisão cautelar que o juiz se pronuncie, analítica e exaustivamente, sobre a inadequação ou insuficiência de cada uma das medidas cautelares a ela alternativas, mas sim que demonstre, fundamentadamente, a presença da cautelaridade em seu grau máximo, e de forma sintética, mas completa, explicita as razões pela quais as medidas alternativas seriam inadequadas ou insuficientes para eliminar a

¹⁰³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

¹⁰³⁵ Vide item 5.5.

¹⁰³⁶ TOMASI, Giuseppe. *O leopardo*. Trad. Leonardo Codignoto. São Paulo: Nova Cultural, 2002, pp. 43 e 47.

situação de perigo.

Quanto à motivação *per relationem*, o Supremo Tribunal Federal admite, de longa data, que o juiz ou tribunal, para decretar ou manter prisão cautelar, limite-se a fazer referência ou remissão aos fundamentos de fato e de direito que deram suporte à i) manifestação do Ministério Público; ii) anterior decisão; ou iii) às informações prestadas pela autoridade coatora, incorporando-os ao seu ato decisório.¹⁰³⁷

A doutrina, contudo, opõe fundadas restrições à inexistência de justificação autônoma na decisão, por reputar duvidoso que essa prática traduza efetiva e adequada cognição judicial. Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, a adoção unilateral das razões do Ministério Público “também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a imparcialidade da decisão, pois não é certo que as próprias razões do provimento sejam dadas por uma das partes”.¹⁰³⁸

Sob esse prisma, diante do dever de motivação expressa e do direito do imputado à individualização da medida cautelar, mostram-se inaceitáveis, a nosso ver, decisões de seguinte teor: “nos termos da manifestação do Ministério Público, que adoto integralmente como razão de decidir, decreto a prisão preventiva do réu” ou “nos termos do parecer retro do Ministério Público, que acolho na íntegra, indefiro o pedido de liberdade provisória”.

Outrossim, em *habeas corpus* ou recurso exclusivo da defesa não é lícito ao tribunal, para manter a prisão cautelar, valer-se de fundamentos inovadores em substituição à ausência ou inidoneidade de motivação da decisão da instância antecedente. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta a prisão cautelar, de modo que a falta, deficiência ou ilegalidade da fundamentação não podem ser supridas posteriormente.¹⁰³⁹

¹⁰³⁷ Habeas Corpus nº 74.095/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, j. 13/8/96, DJe de 1º/3/11. No mesmo sentido: Habeas Corpus nº 97.456/RJ e Habeas Corpus nº 99.827/CE, Segunda Turma, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello; Habeas Corpus nº 112.207/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 25/9/12; Habeas Corpus nº 114.790, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/9/13; Habeas Corpus nº 92.020/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 8/11/10.

¹⁰³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-166. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 746. Criticando a motivação por remissão, placitada pelo Tribunal Constitucional espanhol, vide ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 87-88.

¹⁰³⁹ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 103.583-MC/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 29/9/11; e Habeas Corpus nº 100.340/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09, do qual se extrai a seguinte ementa: “Ação Penal. Prisão Preventiva. Suprimento de motivação pelas instâncias superiores em HC. Acréscimo de fundamentos. Inadmissibilidade. Superação da súmula 691. Precedentes. Não é lícito às instâncias superiores suprir, em habeas corpus ou recurso da defesa, com novas razões, a falta ou deficiência de fundamentação da decisão penal impugnada”. Nesse último caso, a prisão havia sido decretada, em primeiro grau de

Constitui ainda manifesto constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*, o acórdão que ordena, desde logo, como mera decorrência do julgamento de apelação, a prisão do réu, sem motivação específica, vale dizer, sem a demonstração concreta da necessidade da custódia, quando a sentença lhe assegurou o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.¹⁰⁴⁰

Por sua vez, nos termos do art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, no caso de sentença condenatória, o juiz deve decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar.¹⁰⁴¹ A mera circunstância de o réu já se encontrar preso cautelarmente por ocasião da sentença condenatória não basta, por si só, para justificar a manutenção da prisão cautelar, pois incumbe ao juiz demonstrar, fundamentadamente, a subsistência ou não de seus pressupostos,¹⁰⁴² e a possibilidade ou não de sua substituição por medida cautelar diversa.

6.5. Pressuposto. *Fumus commissi delicti*

No processo civil, “o *fumus boni juris*, enquanto simples verossimilhança do direito invocado pela parte, é pressuposto inafastável do juízo cautelar”,¹⁰⁴³ que se funda na hipótese de um futuro provimento favorável ao autor,¹⁰⁴⁴ na aparência do bom direito.¹⁰⁴⁵

jurisdição, para garantia da ordem pública - em decorrência da mera gravidade do crime - e da futura aplicação da lei penal. O tribunal local, em *habeas corpus* impetrado em favor do réu, inovou, ao acrescentar, como fundamento da prisão preventiva, a periculosidade do agente, o que não lhe era lícito fazer.

¹⁰⁴⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica nesse sentido, inclusive com a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*, afastando-se o óbice processual da Súmula nº 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”). Nesse sentido: Habeas Corpus nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 26/2/10; Habeas Corpus nº 119.132, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 23/4/14; Habeas Corpus nº 119.759, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 3/2/14; Habeas Corpus nº 120.321/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/6/14.

¹⁰⁴¹ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 120.984/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 10/9/14, admitiu que a instância superior, diante de omissão da sentença, determine ao juiz de primeiro grau que decida, de forma fundamentada, a respeito da manutenção ou não da prisão cautelar. Transcrevemos, no que interessa, a ementa desse julgado: “(...) 3. Embora o juiz, nos termos dos arts. 387, § 1º, e 492, I, e, do Código de Processo Penal, deva decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, a omissão da sentença condenatória nesse ponto não constitui causa de sua nulidade, tanto que poderia, validamente, ser suprida em sede de embargos de declaração. 4. Omissa a sentença condenatória a respeito da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a instância superior pode determinar ao juízo de primeiro grau que, fundamentadamente, decida a esse respeito. Precedente”.

¹⁰⁴² Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus nº 108.588/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 9/8/13.

¹⁰⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 121.

¹⁰⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria*

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *fumus boni juris*, enquanto probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim o *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de um fato aparentemente punível. Urge, portanto, superar o equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.¹⁰⁴⁶

O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação,¹⁰⁴⁷ traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria,¹⁰⁴⁸ e impõe ao juiz o dever de valorar, no dizer de Grevi, a consistência da plataforma indiciária indispensável para a adoção de qualquer medida cautelar pessoal.¹⁰⁴⁹

O *fumus commissi delicti* constitui um *prius* em relação ao exame do *periculum libertatis*, razão por que, se não houver prova da existência do crime ou se, ainda que demonstrado o fato, não existirem indícios suficientes de autoria ou participação, não se passará à análise da eventual situação de perigo.¹⁰⁵⁰ Dito de outro modo, inexistente o *fumus commissi delicti*, estará vedada, de partida, qualquer possibilidade de imposição de uma medida cautelar.

Embora o Código de Processo Penal somente se refira ao *fumus commissi delicti* em relação à prisão preventiva (art. 312), trata-se de pressuposto comum e indispensável a todas as medidas cautelares.¹⁰⁵¹ Impor uma medida cautelar diversa da prisão, cujo descumprimento inclusive pode conduzir à prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP), sem demonstrar a existência do delito e os indícios suficientes de autoria equivale a

Geral do Processo. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹⁰⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – execução e processo cautelar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258, vol. 3.

¹⁰⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 779. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁰⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 33 e p. 60, vol. IV. Esse autor, seguindo a fórmula tradicionalmente emprestada do processo civil, denomina *fumus boni juris* a probabilidade de condenação ou de um resultado favorável àquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró também identifica o *fumus commissi delicti* como um juízo de probabilidade de que, ao final, será aplicado o direito de punir, por meio de uma sentença penal condenatória, donde “a medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 702).

¹⁰⁴⁸ Art. 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁴⁹ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 397-399.

¹⁰⁵⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375.

¹⁰⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 755.

fazê-lo sem fundamentação.

Note-se que a expressão indícios não tem o sentido que lhe atribui o art. 239 do Código de Processo Penal (“circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”).¹⁰⁵²

A expressão indício, como observa Mario Chiavario, tem a função de estabelecer, tão somente, a base mínima de carga probatória *lato sensu* para a adoção de uma medida cautelar. Significa que não se exige prova plena ou direta de autoria, bastando a indiciária, desde que grave. Evidente que a expressão “indício” não exclui a relevância da prova plena ou direta, que poderão, por maior razão, servir de plataforma de base para uma medida cautelar.¹⁰⁵³

Não se reclama, por óbvio, um quadro de certeza, de mesma consistência que o exigido para uma condenação, mas a qualificação “indício suficiente” exclui que simples suspeitas¹⁰⁵⁴ ou conjecturas¹⁰⁵⁵ possam legitimar uma intervenção no direito de liberdade. Indício suficiente significa probabilidade de autoria, e não simples possibilidade.¹⁰⁵⁶

Em suma, “existe prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos. E há indícios suficientes de autoria

¹⁰⁵² Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, embora o Código de Processo Penal discipline o indício entre os meios de prova, o indício é o resultado probatório de um meio de prova. “O indício é o fato provado que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato (...). Em outras palavras, o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”. Por fim, Badaró registra a divergência doutrinária a respeito do raciocínio indiciário: se indutivo, dedutivo ou indutivo-dedutivo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 336). Para Hélio Tornaghi, presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando *id quod plerumque accidit*, isto é, aquilo que ordinariamente, em geral acontece. Baseia-se, portanto, na experiência cotidiana, na realidade, no que ocorre normalmente. Em relação ao indício, a presunção nada mais é do que a operação intelectual que liga um fato conhecido e provado a um fato probando, autorizando uma conclusão a respeito (“Tício foi encontrado, junto ao cadáver, com a arma assassina e objetos da vítima. Logo, Tício, provavelmente, é o autor do crime”). (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 282-283 e pp. 451-457, vol. 1).

¹⁰⁵³ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 727-728.

¹⁰⁵⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 728. Refere-se o autor ao art. 273, inc. 1, do Código de Processo Penal italiano, que exige a presença de “graves indícios de culpabilidade” (“*gravi indizi di colpevolezza*”) para a imposição de uma medida cautelar. Como observa Vittorio Grevi, essa expressão – que substituiu a fórmula tradicional “indícios suficientes” – tem o evidente propósito de acentuar a consistência da plataforma indiciária indispensável para a adoção de qualquer medida cautelar pessoal. Para Grevi, mais do que simples modificação no léxico, cuida-se de inequívoco sinal para conter eventuais excessos no plano aplicativo. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 397.

¹⁰⁵⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 160.

¹⁰⁵⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 194. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 744.

quando o réu é o provável autor do crime”.¹⁰⁵⁷

O mesmo raciocínio se aplica à prisão temporária.

As “fundadas razões de autoria ou participação do agente” (art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89) significam existência provável do crime e indício razoável de autoria ou participação.¹⁰⁵⁸ A decretação da prisão temporária, portanto, exige um juízo de probabilidade a respeito da existência do crime e de sua autoria, de modo que também não a legitimam simples conjecturas, suspeitas, rumores, referências de ouvir dizer e, menos ainda, uma denúncia anônima.¹⁰⁵⁹

Por outro lado, como a prisão temporária é cabível no limiar das investigações, não se afigura imprescindível que a materialidade do crime venha provada por laudo pericial, sendo suficiente, dada a sumariedade da cognição, que se mostre altamente provável, com base em outros elementos de informação ou meios de prova.¹⁰⁶⁰

6.6. Requisitos negativos. Excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade¹⁰⁶¹

Nos termos do art. 23 do Código Penal, não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O *fumus commissi delicti*, como já visto, funda-se em um juízo de probabilidade de condenação. Se a condenação nem sequer se mostra provável, uma vez que a inexistência de crime importará absolvição do agente (art. 386, VI, CPP), inclusive sumária (art. 397, I, CPP), quando não resultar no próprio arquivamento do inquérito, está ausente o pressuposto do *fumus commissi delicti*.

Por essa razão, o art. 314 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar, pelos elementos de informação ou pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o fato acobertado

¹⁰⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 60, vol. IV.

¹⁰⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 880.

¹⁰⁵⁹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 129.

¹⁰⁶⁰ Nesse sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 318.

¹⁰⁶¹ Adotamos a classificação dos requisitos da medida cautelar em positivos e negativos feita por BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 732 e p. 740. Andrey Borges de Mendonça opta por “condição de admissibilidade negativa”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 252).

por uma daquelas causas excludentes de antijuridicidade (= ilicitude).

A fundada dúvida sobre a existência de causa excludente de antijuridicidade também constitui motivo para a absolvição do agente (art. 386, VI, CPP) e, da mesma forma, faz desaparecer o *fumus commissi delicti*. Mais uma vez, não há razão para se decretar a prisão preventiva ante o prognóstico de absolvição.

Se for demonstrada a presença de determinadas causas excludentes da culpabilidade, como inexigibilidade de conduta diversa, o erro de proibição escusável (art. 21, CP), a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (art. 22, CP), ou se houver fundada dúvida a seu respeito, também desaparecerá o *fumus commissi delicti*, diante do prognóstico de absolvição (art. 386, VI, CPP).

A inimputabilidade do agente, embora também constitua causa excludente da culpabilidade, não faz desaparecer o *fumus commissi delicti*, diante da probabilidade de absolvição imprópria, com imposição de medida de segurança (art. 386, VI, e parágrafo único, I, CPP). Aliás, caso se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, há previsão legal para a imposição de medida cautelar de internação provisória (art. 319, VII, CPP).

Ressalve-se, todavia, que se o inimputável tiver agido sob o pálio de alguma excludente de antijuridicidade (art. 23, CP), não existirá crime e, ausente o *fumus commissi delicti*, não estará sujeito, como qualquer outro imputado, à prisão preventiva nem à internação provisória (art. 314, CPP).

Por fim, a *ratio* do artigo 314 do Código de Processo Penal estende-se à prisão temporária e às medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP). Trata-se, portanto, de uma regra geral, aplicável a toda e qualquer medida cautelar pessoal.¹⁰⁶²

6.7. Requisitos positivos. *Periculum libertatis*

Superado o exame do *fumus commissi delicti*, pela constatação positiva de seus elementos constitutivos, passa-se ao exame do *periculum libertatis*.

A prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria não autorizam, isoladamente, a imposição de qualquer medida cautelar. Para tanto, o próximo passo é determinar se concretamente existe alguma situação de perigo, criada pelo comportamento

¹⁰⁶² SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.741.

do imputado, que se enquadre nas hipóteses legais.

No processo civil, o *periculum in mora* encontra-se ligado à inevitável dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional final, e ao perigo resultante dessa demora para o bem jurídico tutelado, em decorrência da alteração da situação de fato.¹⁰⁶³ O *periculum in mora*, portanto, vincula-se a um fator temporal, ainda que parte da doutrina advirta que a sua tônica não está propriamente na morosidade natural da prestação jurisdicional, mas sim no conceito de perigo, que, por si só, seja capaz de colocar em risco a efetividade do direito ou do interesse protegido.¹⁰⁶⁴

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *periculum in mora*, enquanto inevitável dilação temporal entre o nascer do processo e o ato decisório que lhe põe termo,¹⁰⁶⁵ mas sim o *periculum libertatis*, enquanto situação de perigo ao normal desenvolvimento ou aos fins do processo, que decorre do estado de liberdade do imputado. Urge, portanto, superar mais esse equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.¹⁰⁶⁶

A correta avaliação da existência e da intensidade da situação de perigo é *conditio sine qua non* da aplicação de uma medida cautelar. Se não houver uma situação de perigo, é vedada a imposição de qualquer medida cautelar. Se estiver presente uma situação de perigo, a resposta cautelar deverá ser modulada de conformidade com a natureza e o grau do perigo constatado, e nos limites necessários para debelá-lo.

Enquanto o *fumus commissi delicti* exige a demonstração, nos autos, de acontecimentos pretéritos (existência do crime e probabilidade de autoria), o *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade do imputado.¹⁰⁶⁷ Perigo, “e não apenas um risco, porque esse está mais afeito ao campo da possibilidade que ao da probabilidade”.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹⁰⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 216.

¹⁰⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 33, vol. IV.

¹⁰⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 780. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁰⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

¹⁰⁶⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 113, p. 98, set. 2011.

É de suma importância atentar para o fato de que “não se pode medir o *periculum libertatis* pela régua do *fumus commissi delicti*, sob pena de flagrante ilegalidade”.¹⁰⁶⁹ São exames estanques e sucessivos, que não se confundem.

O *periculum libertatis* não é diretamente proporcional ao *fumus commissi delicti*. A maior probabilidade de autoria não se traduz em maior probabilidade de perigo. Pode haver um alto grau de probabilidade em relação à autoria, e não existir qualquer situação de perigo criada pela conduta do imputado.

Logo, não cabe modular a resposta cautelar em razão do maior ou menor grau de certeza do *fumus commissi delicti*. Ou o *fumus commissi delicti* está ausente e não autoriza a adoção de nenhuma medida cautelar, ou está presente (com maior ou menor probabilidade), e autoriza a decretação de uma medida cautelar, a ser racionalmente escolhida em função do exame sucessivo do *periculum libertatis*.

No exame do *periculum libertatis*, é indispensável que o juiz aponte fatos objetivamente existentes nos autos.

Por esses fatos certos e comprovados é que o julgador deverá justificar a existência do perigo, sua natureza (material ou processual), seu grau (mediato ou imediato, mais ou menos intenso) e, por consequência, também justificará a melhor forma de evitá-lo.¹⁰⁷⁰

De acordo com a segunda lei do sopesamento, formulada por Robert Alexy, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.¹⁰⁷¹ Assim, a prisão cautelar, por representar a máxima compressão do direito de liberdade, exigirá o mais alto grau de probabilidade quanto ao *periculum libertatis* e a demonstração concreta de sua base empírica idônea.

As situações que tipificam o *periculum libertatis* e que, no dizer de Mario Chiavario, exaurem o rol de causas idôneas a legitimar a adoção de medidas cautelares¹⁰⁷² são: i) garantia da ordem pública, na qual se insere a necessidade de se evitar a reiteração

¹⁰⁶⁹ A expressão é de ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

¹⁰⁷⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

¹⁰⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 617.

¹⁰⁷² CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 736.

na prática de infrações penais; ii) garantia da ordem econômica; iii) necessidade da investigação ou da instrução criminal; e iv) necessidade para aplicação da lei penal (arts. 282, I, e 312, CPP).

Assim, as medidas cautelares pessoais, na dicção do Código de Processo Penal, prestam-se a três finalidades: i) defesa social (garantia da ordem pública e da ordem econômica); ii) cautela instrumental (necessidade da investigação ou da instrução criminal); e iii) cautela final (assegurar a aplicação da lei penal).¹⁰⁷³

6.7.1. Garantia da ordem pública e da ordem econômica

Das três finalidades a que se prestam as medidas cautelares, indicadas no item anterior, apenas as duas últimas, que visam resguardar os meios ou os fins do processo, constituem um instrumento a serviço de um instrumento (processo de conhecimento) e, portanto, têm natureza cautelar.

Diversamente, a prisão preventiva (ou qualquer medida dela diversa) para garantia da ordem pública ou da ordem econômica ampara-se em razões de ordem material e não processual,¹⁰⁷⁴ a gerar grande controvérsia a respeito de sua constitucionalidade. A rigor, como se trata de requisitos despidos de natureza cautelar, nem se poderia falar propriamente em prisão cautelar, mas sim em prisão provisória.

A despeito da complexidade da questão, há que se enfrentá-la, nos limites necessários aos fins do presente trabalho.

Ao discorrer sobre o conceito de ordem pública, Fábio Bechara afirma que

O substantivo ‘ordem’ designa a necessidade de presença de certas condições, sem as quais aquele estado de coisas, que caracteriza a ordem, não se sustentaria, mas modificaria até acarretar a desordem. A ordem, porém, é um conceito que envolve não só a realidade como ela é, mas que indica como a realidade deve ser (...). A noção de ordem pública por sua vez, constitui o estado de coisas que representa a normalidade da vida coletiva de uma determinada sociedade. A ideia de normalidade é eminentemente relativa, e pode se caracterizar como ausência de anomalias, de condições perturbadoras, ou, ainda, como a presença de condições positivas bem determinadas (...).¹⁰⁷⁵

Fábio Bechara registra que, no processo penal, o conceito de ordem pública é

¹⁰⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 65-72.

¹⁰⁷⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 382.

¹⁰⁷⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

empregado “em termos de pacífica convivência social, resultante de um componente objetivo de efetiva condição de paz pública e de um correspondente componente subjetivo de sentimento coletivo de segurança”. Como, tradicionalmente, os seus componentes são a tranquilidade e a segurança pública, a ordem pública é concebida como sinônimo de harmonia e pacificação ou como instrumento de defesa social, entendida como reação à prática do crime.¹⁰⁷⁶

Para Luigi Ferrajoli, a perversão mais grave do instituto da prisão preventiva foi a “sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado ‘à estrita necessidade’ instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa novos crimes”. A seu ver, é manifesta a incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva como forma de prevenção e de defesa social, uma vez que estas finalidades partem de uma presunção de culpabilidade, “fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade, baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva”.¹⁰⁷⁷

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, justifica-se apenas nas situações excepcionais “em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”. A prisão preventiva para garantia da ordem pública, longe de ser um “instrumento a serviço do instrumento”, é uma medida de defesa social, enquanto reação imediata ao crime, para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, ou necessidade de se evitar a prática de novos crimes. Ao ver desse autor, a prisão por esse requisito constitui antecipação da punição, próxima de uma justiça sumária e incompatível com a presunção de inocência.¹⁰⁷⁸

Aury Lopes Júnior afirma que a prisão cautelar não destina a fazer “justiça”, mas sim a garantir o regular funcionamento dos mecanismos do sistema de justiça criminal, através do processo de conhecimento. A seu ver, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional, por não se revestir de natureza cautelar.¹⁰⁷⁹

No mesmo sentido, Gustavo Badaró aduz que a prisão para garantia da ordem pública não visa conservar uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a

¹⁰⁷⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 119-120 e 155.

¹⁰⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 509-512.

¹⁰⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 65-68.

¹⁰⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 838-839.

eficácia de um futuro provimento condenatório. “Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal”.¹⁰⁸⁰

É inegável, todavia, que a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem grande relevância para a manutenção da paz social. Aliás, nem se trata da única prisão provisória com base em razões materiais, haja vista que a prisão em flagrante, despida de natureza cautelar, também ocorre por motivos de ordem material (certeza visual do cometimento do crime).¹⁰⁸¹

As posições abolicionistas da prisão preventiva para garantia da ordem pública, ao tomarem como premissa a existência de um núcleo duro e intocável da presunção de inocência (conteúdo essencial absoluto),¹⁰⁸² contrastam com a realidade judiciária do País, em que juízes de primeiro grau e tribunais recorrerem largamente a esse requisito.¹⁰⁸³

A função do Poder Judiciário não é preservar a segurança pública, missão constitucionalmente confiada a órgãos policiais (art. 144, CF), mas sim garantir direitos fundamentais.

De todo modo, é inegável que a ordem pública constitui um valor constitucionalmente protegido. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, impõe ao Estado o dever de adotar as medidas necessárias à sua proteção contra intervenções ilegais por parte de terceiros.¹⁰⁸⁴ Nessa esteira, o art. 144 da Constituição Federal determina que a segurança pública, dever do Estado, “é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública tem, portanto, legitimidade constitucional, e contrasta com esse valor constitucional admitir que alguém esteja a cometer, sem freios de espécie alguma, crimes graves, e não possa ser preso enquanto não sobrevier o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Sendo um mal necessário, como instrumento imprescindível de preservação da segurança e da tranquilidade pública, é mister compatibilizar a prisão para garantia da

¹⁰⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 733.

¹⁰⁸¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 387.

¹⁰⁸² Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

¹⁰⁸³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384.

¹⁰⁸⁴ ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 195.

ordem pública com a presunção de inocência e torná-la intersubjetivamente mais controlável.

Primeiramente, há que se restringir o alcance da expressão “ordem pública”. Embora se trate de um conceito jurídico indeterminado, a indeterminação do enunciado, como já tivemos oportunidade de expor neste trabalho, não se traduz em indeterminação de aplicação, a qual só permite uma “unidade de solução justa” em cada caso, à qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetivável, e não por um ato de volição.¹⁰⁸⁵

Na lição de Eduardo García de Enterría, identificam-se, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado, i) um núcleo fixo ou zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros; ii) uma zona intermediária ou de incerteza, ou “halo do conceito”, mais ou menos precisa; e, finalmente, iii) uma zona de “certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito. A dificuldade de se precisar a solução justa se concreta na zona de imprecisão ou “halo conceitual”, mas desaparece nas zonas de certeza, positiva ou negativa.¹⁰⁸⁶

Quanto à zona de certeza negativa do conceito de ordem pública, é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que o estado de comoção social, a indignação popular, o clamor público suscitado pela prática do crime,¹⁰⁸⁷ assim como a necessidade de se acautelar o meio social e a credibilidade da justiça em razão da repercussão do crime,¹⁰⁸⁸ constituem

¹⁰⁸⁵ Vide item 3.7.2.3.

¹⁰⁸⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 468, tomo I.

¹⁰⁸⁷ HC nº 80.719/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/9/01 (acórdão com extensa fundamentação, relativo ao emblemático homicídio praticado pelo jornalista Pimenta Neves, de intensa repercussão social); HC nº 115.897/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 25/6/13; HC nº 92.751/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 9/8/11; HC nº 102.605/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 15/2/11; HC nº 84.662/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 22/10/04; HC nº 101.055/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09; HC nº 101.621/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 5/8/10; HC nº 95.125/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/9/10; HC nº 87.468/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 15/9/06.

¹⁰⁸⁸ HC nº 82.832/DF, Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5/9/03; HC nº 80.719/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/9/01; HC nº 111.244/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 26/6/12; HC nº 98.776/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 16/10/09; HC nº 99.379/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 23/10/09; HC nº 95.483/MT, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 29/10/09. Em sentido contrário: HC nº 96.579/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 19/6/09; HC nº 89.143/PR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 27/6/08 e RHC nº 65.043/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Madeira, j. 28/4/87, RTJ 124/1.033-1.036. Este último acórdão seguramente é o precedente mais invocado por quem sustente, como se extrai de sua ementa, que “no conceito de ordem pública não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar do meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa”.

fundamentos inidôneos, por si sós, para a prisão cautelar.¹⁰⁸⁹ Também a suposta necessidade de se preservar a integridade física do imputado não legitima a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública. “Nessa hipótese, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez”, a pretexto de favorecê-lo,¹⁰⁹⁰ uma vez que ninguém pode ser preso para a sua própria proteção, em razão de ameaças de linchamento ou de revolta popular causada pelo crime.¹⁰⁹¹

Na zona de certeza positiva, inclui-se a necessidade de se evitar a prática de infrações penais, ou, mais precisamente, de se impedir a reiteração criminosa.¹⁰⁹²

Resta adentrar na zona intermediária ou de incerteza, vale dizer, no “halo do conceito” de ordem pública.

Registre-se, preliminarmente, que o conceito de ordem pública não pode se prestar a qualquer fim. Se tudo couber no conceito de ordem pública, ele nada filtrará e não servirá como critério, razão por que deve necessariamente ser residual.¹⁰⁹³

Maurício Zanoide de Moraes aduz que

a lógica sistêmica que inspira a presunção de inocência ‘como norma de tratamento’, ou seja, que veda qualquer antecipação de pena, está em confronto direto e insuperável com a prisão provisória ou qualquer outra medida coativa, pouco importando a justificativa apresentada (material ou processual).

A seu ver, como essa contradição lógica é insuperável, somente a opção pelo “conteúdo essencial relativo”¹⁰⁹⁴ da presunção de inocência possibilita que se diminua o espaço de conflito entre esse princípio e a prisão provisória até um mínimo de hipóteses

¹⁰⁸⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 311-325. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

¹⁰⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 557, Vol. 3.

¹⁰⁹¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 326-328. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 734.

¹⁰⁹² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 262-263. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 197. SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, vol. 1. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 63, vol. IV. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 310. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 336-337. Contra: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 713.

¹⁰⁹³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

¹⁰⁹⁴ Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

excepcionais, dentre as quais a escolha será racionalmente orientada pela ponderação das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.¹⁰⁹⁵

Ao invés de rejeitar o conceito de ordem pública, a pretexto de sua indeterminação ou de suas razões de ordem material, ou de persistir, em vão, na busca de um consenso para delimitá-lo, Maurício Zanoide de Moraes propõe que ele seja determinado caso a caso, desde que atendidos, no mínimo, três requisitos cumulativos: i) pena abstratamente cominada para o crime imputado; ii) circunstâncias do crime e modo de execução (v.g., homicídio por esquartejamento ou mediante tortura, tráfico de quantidades superlativas de droga, etc.); e iii) relação temporal de proximidade entre o conhecimento da autoria do ato imputado e o momento da decretação da prisão cautelar. Trata-se de parâmetros externos ao conceito de ordem pública e que operam como limites à sua indevida expansão, evitando-se, desse modo, “ingressar em seu conteúdo (que deve ter espaço interpretativo suficiente para ser atualizado no tempo e conforme as condições concretas), sem que com isso fique isento de margens restritivas que sejam simultaneamente proporcionais e constitucionais”.¹⁰⁹⁶

A reforma do Código de Processo Penal, encetada pela Lei nº 12.403/11, acabou por encampar aquela proposta quanto ao requisito da pena cominada ao crime, para somente admitir a prisão preventiva originária nos crimes dolosos e quando a pena máxima exceder a quatro anos (art. 313, I), salvo se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II).

A proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (“o que está a acontecer”) e evidência (“o que é claro, manifesto”).¹⁰⁹⁷ Se a prisão por “ordem pública” é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 384-386.

¹⁰⁹⁶ *Idem*, op. cit. pp. 390-397. Registre-se que a proposta feita por esse autor é anterior à reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11.

¹⁰⁹⁷ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 48, vol. 1.

¹⁰⁹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus:

Quanto às circunstâncias do crime e à sua particular forma de execução, Antônio Magalhães Gomes Filho sustenta que os elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo Penal (gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado), isolada ou cumulativamente, não constituem fundamentos que, por si sós, autorizem a imposição de medidas cautelares. A seu ver, esses elementos “somente entram em jogo *depois* de verificada a admissibilidade da medida e de sua necessidade para assegurar uma (ou mais) das finalidades enumeradas no inciso antecedente”, quais sejam, a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.¹⁰⁹⁹

Pensamos, todavia, que os três elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo Penal efetivamente se inter-relacionam para autorizar a formação do convencimento judicial a respeito da presença ou não do requisito “garantia da ordem pública”. A gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e particular forma de execução, demonstra, concretamente, a periculosidade do agente, e permite um prognóstico de reiteração criminosa assentado em dados fáticos, e não em suposições.¹¹⁰⁰

Corroborando essa assertiva, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal admitem a decretação de prisão preventiva em razão da gravidade concreta do crime, para garantia da ordem pública, quando o comportamento do agente revelar, concretamente, a sua periculosidade, evidenciada pelo *modus operandi* da infração.¹¹⁰¹ De todo modo, será abusiva a decretação de qualquer medida cautelar lastreada na mera gravidade em abstrato

Elsevier, 2012, p. 734.

¹⁰⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011..* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 42-43.

¹¹⁰⁰ O Código de Processo Penal italiano, no art. 274, inc. 1, “c”, contempla a possibilidade de decretação de medida cautelar pessoal ante o perigo de desenvolvimento de atividades criminosas (similar ao requisito da garantia da ordem pública), mas limita-a: i) a crimes graves, com uso de arma ou violência contra a pessoa; ii) a crimes graves contra a ordem constitucional; iii) à criminalidade organizada; e iv) a crimes de mesma espécie daquele pelo qual se procede. Esse dispositivo estabelece, como parâmetros de valoração dessa exigência cautelar, a modalidade e circunstâncias do fato, bem como a personalidade do agente, deduzida de seu comportamento, atos concretos e antecedentes criminais. Trata-se, portanto, de uma avaliação da gravidade concreta da infração e da periculosidade concreta do agente. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 438. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp.739-740. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 401-402.

¹¹⁰¹ HC nº 123.748/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 11/12/14; RHC nº 121.399/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 1º/8/14; HC nº 120.634/MA, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 29/8/14; HC nº 106.462/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 8/4/11; HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/09; e HC nº 97.462/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23/4/10.

do crime, por contrariar a presunção de inocência como norma de tratamento.¹¹⁰²

Quanto à garantia da ordem econômica, esse conceito equivale ao de ordem pública, na medida em que ambos se relacionam à necessidade de se evitar a prática de novas infrações penais. Diferem, tão somente, porque as hipóteses legais de perigo para a ordem econômica se restringem aos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/91); contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86); contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90); contra o consumidor (Lei nº 8.078/90); de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), e contra a economia popular (Lei nº 1.521/51).¹¹⁰³

Tal como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica suscita grande controvérsia.

Assim como é vedada a prisão preventiva para garantia da ordem pública por clamor público, repercussão social do fato ou para acautelar a credibilidade na Justiça e nas instituições públicas, descabe a prisão preventiva para garantia da ordem econômica, a pretexto de se restaurar a credibilidade na ordem econômica ou no sistema financeiro, abaladas pela prática do crime.

Outrossim, se a finalidade da prisão para garantia da ordem econômica é evitar a reiteração criminosa, poderá ser decretada a medida cautelar de suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, CPP), menos gravosa e invasiva do que a prisão preventiva, reservada para a hipótese de descumprimento daquela medida.

A escolha da medida adequada e necessária para debelar a situação de perigo que se apresente dependerá da correta avaliação do *periculum libertatis*, em função dos critérios já indicados, como a proximidade temporal entre o conhecimento do fato (ou de sua autoria) e a gravidade concreta da infração, as circunstâncias do fato e modo de execução, notadamente quando sua prática envolver associação criminosa (art. 288, CP) ou organização criminosa (art. 1º da Lei nº 12.850/13), com infiltração nos poderes públicos e prognóstico de reiteração de condutas criminosas.

Por fim, em se tratando de crimes contra o sistema financeiro nacional, a magnitude da lesão, isto é, o vulto dos prejuízos causados pela infração penal, é um vetor a ser considerado na avaliação da gravidade concreta da infração (art. 30 da Lei nº 7.492/86),

¹¹⁰² Vide item 3.4.

¹¹⁰³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 336-337. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 271.

mas, por si só, tal como a necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições, não constitui causa idônea para a decretação da prisão preventiva.¹¹⁰⁴

6.7.2. Necessidade para a investigação ou a instrução criminal

A imposição de uma medida cautelar pessoal, fundada em juízo de valor de mera oportunidade ou conveniência, carece de justificação constitucional e ofende o princípio da presunção de inocência enquanto “norma de tratamento”.¹¹⁰⁵ A observação é relevante porque o art. 312 do Código de Processo Penal ainda mantém a vetusta expressão “por conveniência da instrução criminal” (art. 312, CPP) para descrever uma das situações legais do *periculum libertatis*.

Essa expressão, todavia, deve ser interpretada como “necessidade para a investigação ou a instrução criminal”, como determina o art. 282, I, Código de Processo Penal, tanto mais que a prisão preventiva também é cabível na fase da investigação preliminar (art. 311, CPP). Trata-se de uma falha da reforma processual feita pela Lei nº 12.403/11, que se esqueceu de harmonizar a redação desses dispositivos legais, o que não impede que, por força de interpretação sistemática, se proceda à revogação tácita da expressão “conveniência”.¹¹⁰⁶

A necessidade da investigação ou da instrução criminal se reveste de nítida finalidade cautelar, pois visa resguardar os meios do processo, evitando-se a ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova.

Seu objetivo é fazer frente a uma situação de perigo para a aquisição ou a genuinidade da prova,¹¹⁰⁷ de modo a permitir que o processo seja concluído segundo

¹¹⁰⁴ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: HC nº 85.615/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 3/3/06; HC nº 82.809/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 17/10/03; e HC nº 99.210/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 28/5/10. No HC nº 86.758/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1º/9/06, embora concedida a ordem por outra razão (extensão dos efeitos da ordem de habeas corpus concedida em outra instância), o acórdão ressaltou ser “pertinente conjugar a magnitude da lesão e a habitualidade criminosa, desde que ligadas a fatos concretos que demonstrem o ‘risco sistêmico’ à ordem pública ou econômica, ou à necessidade da prisão para impedir a continuidade delitiva”. Vide também: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 273-274. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 736.

¹¹⁰⁵ Sobre presunção de inocência como “norma de tratamento”, item 3.4.

¹¹⁰⁶ Muito antes da reforma processual, Hélio Tornaghi já advertia que o legislador deveria ter empregado o termo necessidade, pois a prisão para a instrução criminal somente pode ser decretada se estritamente necessária, “isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia”. (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, vol. 1).

¹¹⁰⁷ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 401.

critérios de regular funcionalidade e alcance um resultado útil. Dado o seu caráter estritamente “endoprocessual”, não se contesta, com maior veemência, a sua legitimidade constitucional.¹¹⁰⁸

O imputado, tanto na fase da investigação quanto da instrução criminal, não pode se valer de sua liberdade para obstruir a correta apuração dos fatos, por meio, v.g., das seguintes condutas: i) aliciar, corromper ou ameaçar – e, por maior razão, ofender a integridade física, sequestrar ou matar - outros imputados, vítima, testemunha, perito, autoridade policial, membro do Ministério Público, jurados, juiz ou quaisquer pessoas relacionadas a essas figuras, com o propósito de interferir no seu ânimo de depor ou para impedir que exerçam com exatidão as suas funções; ii) alterar, ocultar, suprimir ou destruir documentos, objetos ou vestígios da infração, incluindo-se o local do crime; iii) forjar elementos de informação ou provas, como testemunhas ou documentos falsos.¹¹⁰⁹

Todas essas hipóteses retratam situações de perigo ao regular desenvolvimento da investigação ou da instrução criminal, mas não legitimam, desde logo, a prisão preventiva, uma vez que cumpre ao juiz avaliar, em primeiro lugar, o cabimento de medida cautelar dela diversa.

Na hipótese de o imputado furtar-se a comparecer aos atos de investigação ou de instrução em que sua presença se faça necessária, como o reconhecimento pessoal,¹¹¹⁰ existe a possibilidade, antes mesmo de se cogitar a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, de se ordenar a sua condução coercitiva para o ato (art. 260, CPP), reservando-se a prisão preventiva, como *ultima ratio*, para o caso de não mais ser encontrado.

Por sua vez, a demonstração de plena disponibilidade do imputado ou do seu ânimo de cooperar com a autoridade policial ou judiciária indubitavelmente milita em desfavor da necessidade de uma medida cautelar para garantir a escorreita apuração dos fatos,¹¹¹¹ o que

¹¹⁰⁸ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 737.

¹¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 240-251. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 274-278. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 708-709. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 829-830. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 200-201. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 161-165.

¹¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737.

¹¹¹¹ PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*.

não significa, em hipótese alguma, que a sua liberdade a tanto possa ser condicionada. Evidente que, a despeito do espírito de disponibilidade ou de cooperação do imputado, se vier a ocorrer uma situação de perigo a ele atribuível, a medida cautelar poderá ser imposta.

Finalmente, a decisão que impõe medida cautelar deve indicar os elementos fáticos que demonstrem, concretamente, em que consiste o perigo para o regular desenvolvimento da investigação ou da instrução e a sua vinculação a um comportamento do imputado, uma vez que não pode se basear em mera conjectura ou suspeita.

6.7.3. Necessidade para aplicação da lei penal

A necessidade da medida cautelar pessoal para aplicação da lei penal tem nítida natureza cautelar, pois visa resguardar os fins do processo (cautela final) e a própria efetividade da tutela jurisdicional penal.

A situação tutelada é o perigo de fuga do imputado, que frustraria a provável (eis que necessariamente presente o *fumus commissi delicti*) execução da pena. Esse requisito não suscita maior controvérsia quanto à sua legitimidade constitucional, mas sim quanto à demonstração de sua existência.

Revela-se o perigo de fuga quando o imputado, exemplificativamente, prepara-se para deixar o seu domicílio, sem informar, deliberadamente, o novo local em que possa ser encontrado; desfaz-se injustificadamente de seus bens; compra passagem ou tenta embarcar para o exterior, sem previsão de retorno e sem outro propósito, que não o de evasão, a animar a viagem (como, v.g., férias regulares com a família);¹¹¹² já se encontra foragido em razão de outro processo ou condenação criminal; não é encontrado nos endereços que declinou em juízo; esquiva-se mediante sucessivas mudanças de endereço; usa documentos falsos para se identificar e não reside no distrito da culpa.¹¹¹³

As circunstâncias indicativas desse temor devem ser demonstradas por elementos concretos, pois não se deve confundir o prognóstico de fuga (juízo de probabilidade) com

Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 164.

¹¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp.281-284. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 201.

¹¹¹³ Os dois últimos exemplos são citados por SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255.

as circunstâncias fáticas dele determinantes.¹¹¹⁴ A propósito, Mario Chiavario aduz que a jurisprudência italiana não exige, para a demonstração concreta do perigo de fuga, comportamentos materiais típicos como o afastamento do agente (“*allontanamento*”), a compra de bilhete ou a preparação de bagagem, pois considera relevantes outros elementos, como os locais que frequenta (“*frequenzazioni*”) e os seus antecedentes criminais.¹¹¹⁵

Por outro lado, não se pode deduzir o perigo de fuga, isoladamente, da mera gravidade abstrata da imputação, da reincidência do agente ou da elevada pena imposta em sentença recorrível, sem que haja outros elementos de convicção indicativos do propósito de evasão.

Não basta, ainda, a mera possibilidade de fuga, pois deve haver indícios de que o agente, concretamente, vá fazer uso dessa possibilidade, sob pena de abrir-se margem para a prisão de qualquer imputado.¹¹¹⁶ Aliás, no movediço campo das possibilidades, tanto cabe conjecturar que o agente vá fugir quanto que irá permanecer, o que demonstra a sua fragilidade.

A condição financeira do imputado, seu maior poder de mobilidade ou de trânsito pelo território nacional ou para o exterior e o fato de viajar constantemente a outros países, a negócios ou lazer, por si sós, não constituem base empírica idônea para a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal. Mais uma vez, exige-se a demonstração concreta de que o imputado pretenda se valer dessas facilidades para se evadir.¹¹¹⁷

Por fim, a fuga do imputado, posterior à decretação da sua prisão preventiva, não serve de fundamento para suprir a inexistência de base empírica idônea do decreto de prisão, que deverá ser contemporânea ao ato. Dito de outro modo, se no momento da decretação da prisão cautelar inexistia perigo de fuga, não será a evasão do agente, para subtrair-se à prisão ilegal, que a convalidará. Além disso, não se pode exigir que o imputado se submeta espontaneamente a uma prisão que repete ilegal e que impugnar por meios judiciais.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 255-269.

¹¹¹⁵ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 738.

¹¹¹⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 254.

¹¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 738. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 283. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276.

¹¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.

6.7.4. *Periculum libertatis* e prisão temporária

Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.960/89, caberá a prisão temporária, nos crimes taxativamente previstos em seu inciso III ou em outros diplomas legais, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I) ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II).

Esse caráter de imprescindibilidade deve ser interpretado em consonância com o art. 282, I, do Código de Processo Penal, que estabelece requisitos para aplicação de qualquer medida cautelar, especificamente no que toca à necessidade para a aplicação da lei penal e para a investigação.¹¹¹⁹

Não há diferença ontológica entre imprescindibilidade e necessidade, que significa essencial, o que é preciso, do que não se pode abdicar.¹¹²⁰

Como adverte Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, não se pode confundir “imprescindibilidade” com “utilidade”, uma vez que “útil” é o que auxilia, otimiza, mas não se mostra essencial. A seu ver, a expressão “imprescindível” deve ter o mesmo significado de “indispensável”, de modo que “a medida só deverá ser cogitada (e ter lugar) quando for absolutamente necessária” ao desdobramento da investigação.¹¹²¹ Em suma, imprescindível significa que, sem a prisão temporária, a finalidade da investigação não será alcançada ou restará prejudicada. A prisão temporária não pode ser ordenada para “uma melhor apuração do envolvimento do investigado, sem a demonstração concreta da imprescindibilidade da medida”. Ela não se destina a facilitar a investigação, senão a viabilizá-la, no sentido da aquisição de elementos de informação que não poderiam ser obtidos com o indiciado em liberdade.¹¹²²

Por fim, a prisão temporária somente é cabível quando imprescindível à investigação criminal (art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89) ou à aplicação da lei penal (art. 1º, II, da Lei nº 7.960/89), inexistindo previsão de sua decretação com o fim de se evitar a

738. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 284-286. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 277-278.

¹¹¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 318-319.

¹¹²⁰ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/necess%C3%A1rio>>. Consultado em 27/10/14.

¹¹²¹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 137-138.

¹¹²² SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104.

reiteração criminosa (garantia da ordem pública).¹¹²³

6.8. O exame da proporcionalidade em sentido amplo

O exame do *periculum libertatis* é crucial não apenas para determinar se alguma medida deve ou não ser aplicada, mas também, resolvido positivamente esse primeiro dilema, para estabelecer qual medida deverá ser aplicada dentre as legalmente previstas, em razão da natureza da situação de perigo diagnosticada e do grau das exigências cautelares a satisfazer no caso concreto.¹¹²⁴

Importante ressaltar que o *fumus commissi delicti* não desempenha nenhum papel na escolha da medida cautelar, por ser apenas um pressuposto para que se possa alcançar esse momento. Trata-se de um exame, por assim dizer, meramente eliminatório da possibilidade de aplicação de uma medida cautelar. O fator determinante, por excelência, dessa escolha é o *periculum libertatis*, responsável por modular a intensidade da resposta estatal às exigências cautelares que se apresentam.

Uma vez individualizada a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado, é chegado o momento de estabelecer, pelo exame da proporcionalidade em sentido amplo, como será feita a intervenção no seu direito de liberdade, em resposta à situação de perigo por ele causada.

A proporcionalidade é o vetor que orientará, racionalmente, a escolha judicial da medida a ser aplicada, pois qualquer a intervenção no direito de liberdade somente será constitucional se superar as suas exigências.

O exame da proporcionalidade tem uma estrutura pré-definida, com três sub-regras que são aplicadas de maneira sucessiva e escalonada,¹¹²⁵ às quais o juiz deve submeter as medidas cautelares potencialmente elegíveis diante da situação de perigo identificada, para determinar, caso sejam superados aqueles filtros, qual delas será imposta.

Relembre-se que o juiz, ao testar as medidas potencialmente aplicáveis ao caso concreto, nem sempre terá que proceder à análise de todas as sub-regras. Como observa Virgílio Afonso da Silva, a razão de ser da divisão da proporcionalidade em sub-regras

¹¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 750.

¹¹²⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 741. Trata-se, inclusive, de regra expressamente prevista no art. 275 do Código de Processo Penal italiano (“*Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto*”).

¹¹²⁵ Vide item 3.8.5.

reside na relação de subsidiariedade entre elas. Se, no primeiro teste, a medida já se revelar inadequada (inidônea), nem se passará ao exame subsequente da necessidade. A análise da proporcionalidade em sentido estrito somente será exigível se a medida superar, com êxito, os testes da adequação e da necessidade. Desta feita, é possível esgotar-se o exame da proporcionalidade em sentido amplo de uma medida cautelar já no exame de adequação, ou, superado este, no exame da necessidade.¹¹²⁶

6.8.1. O exame da idoneidade (adequação)

De acordo com a sub-regra da idoneidade (adequação), já analisada neste trabalho,¹¹²⁷ toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover a realização de um fim. Não se exige que a intervenção realize-o por completo, mas sim que se mostre idônea (apta) a favorecer a sua obtenção.¹¹²⁸

Não se avalia, no exame da adequação, se as medidas elegíveis são de fato essenciais, por não existirem medidas alternativas menos gravosas para debelar a situação de perigo, questão reservada ao exame subsequente da necessidade. Importa, tão-somente, a relação de causalidade entre meio (medida cautelar potencialmente aplicável) e fim (situação de perigo a debelar). Disso resulta a imprescindibilidade da determinação do fim, pela correta individualização do *periculum libertatis*, pois “um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio”.¹¹²⁹ Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes aponta que “só uma visão clara sobre o que se quer evitar permite uma escolha justificada e proporcional da medida mais apropriada, impedindo-se, com isso, um atuar judicial excessivo ou insuficiente”.¹¹³⁰

A sub-regra da idoneidade ou adequação funciona, em verdade, como um critério negativo, uma vez que visa eliminar os meios que não sejam adequados (idôneos) ao fim

¹¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 30-34, abril, 2002.

¹¹²⁷ Vide também item 3.8.5.1.

¹¹²⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.

¹¹²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

¹¹³⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 98, set. 2011. A seu ver, “o maior número das decisões que falham ao decretar medidas cautelares erra porquanto não define ou sequer percebe que a identificação do ‘perigo a ser evitado’ é a base segura sobre a qual poderão construir toda uma fundamentação de necessidade e adequação da medida mais eficiente e, simultaneamente, menos invasiva”.

proposto,¹¹³¹ isto é, que não se mostrem aptos a promover, de nenhum modo, a sua realização.

Nessa esteira, é inegável que a prisão preventiva é apta a promover o fim de debelar qualquer situação de perigo que se apresente em relação à ordem pública, à investigação ou instrução criminal e à aplicação da lei penal. Logo, presentes o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis* e as suas hipóteses de cabimento, a prisão preventiva sempre seria, desde logo, uma medida cautelar idônea e potencialmente elegível.

Ocorre que a prisão preventiva, como *ultima ratio*, somente poderá ser considerada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares dela diversas (art. 282, § 6º, CPP). Ante o caráter excepcional da prisão preventiva e por força do princípio da gradualidade,¹¹³² o juiz deve necessariamente iniciar o exame da adequação partindo das medidas menos invasivas e gravosas, sob pena de frustrarem-se o sistema de progressiva afluência das medidas cautelares pessoais e o direito fundamental do imputado à sua individualização.¹¹³³

A prisão preventiva, portanto, somente será uma opção constitucionalmente válida quando constatada a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas para responder à situação de perigo que se apresenta.

No exame da adequação, verifica-se a existência ou não de relação de causalidade entre a medida cautelar que se pretenda aplicar e o *periculum libertatis*. Importante ressaltar que esse exame deve ser feito de forma individualizada para cada imputado. Assim como uma medida determinada em face de um imputado não pode ser automaticamente estendida a outro, sem um novo exame específico de sua situação, uma medida não pode ser indeferida para um imputado porque se mostrou inidônea em face de outro.¹¹³⁴

Se a situação de perigo for a probabilidade de fuga do imputado, são medidas idôneas a debelá-la o comparecimento periódico a juízo, a proibição de se ausentar da comarca ou do País, o recolhimento domiciliar, a fiança e a monitoração eletrônica (arts. 319, I, IV, V, VIII e IX e 320, CPP). Diversamente, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a suspensão

¹¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

¹¹³² Vide item 5.5.

¹¹³³ Vide capítulo 4.

¹¹³⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 325.

do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e a internação provisória (art. 319, II, III, VI e VII, CPP) são medidas inadequadas ao fim em questão.

Se a situação de perigo se relacionar à investigação ou à instrução criminal, são medidas adequadas a resguardar uma e outra: a proibição de acesso ou frequência aos locais de trabalho, residência, lazer, estudo ou culto religioso de vítima e testemunhas ou de seus familiares; a proibição de manter contato com essas pessoas (art. 319, II e III, CPP) ou de sua aproximação (art. 22, III, “a”, da Lei nº 11.340/06); o afastamento do lar (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06); a suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06) e o recolhimento domiciliar. São medidas aptas a impedir condutas que coloquem em perigo as fontes de prova (aliciamento, ameaça ou intimidação de vítima e testemunhas; alteração, ocultação ou destruição de documentos, objetos ou vestígios da infração; forjamento de elementos de informação e provas). A monitoração eletrônica é outra medida apta a contribuir para que o imputado, ciente do controle sobre ele exercido, permaneça no perímetro que lhe for determinado e não pratique atos que comprometam a escorreita apuração dos fatos. Para assegurar a presença do imputado aos atos de investigação ou de instrução criminal, são medidas idôneas o comparecimento periódico a juízo, a proibição de se ausentar da comarca ou do País, o recolhimento domiciliar e a fiança. Diversamente, as medidas cautelares de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e de internação provisória não têm nenhuma relação de pertinência com as situações de perigo em questão e, portanto, são inadequadas.

Se a situação de perigo se relacionar à garantia da ordem pública, são medidas cautelares idôneas a debelá-la e a evitar a prática de novas infrações penais: a proibição de acesso ou frequência a determinados locais; o recolhimento domiciliar; a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; a internação provisória (somente nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando o agente for inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, nos termos do art. 319, VII, CPP); a monitoração eletrônica; o afastamento do lar e a suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I e II, da Lei nº 11.340/06).

Evidente que se, no exame do *periculum libertatis*, a cautelaridade já se apresentar em seu grau máximo (a fuga para o exterior é iminente; o imputado já ameaçou de morte a vítima ou testemunhas e está na iminência de realizar o mal prometido; a gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e especial modo de execução,

evidencia o alto grau de periculosidade do agente, com prognóstico de reiteração criminosa), a prisão preventiva será potencialmente elegível desde logo, mas cumprirá ao juiz demonstrar por que as medidas cautelares dela diversas se mostram inadequadas para promover o fim de debelar a situação de perigo identificada.

Em suma, no exame da adequação deve o juiz, analisando a relação de causalidade entre meio e fim, descartar as medidas que não tenham idoneidade para promover o fim visado e somente selecionar a(s) medida(s) cautelar(es) apta(s), de algum modo, a debelar a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado.

6.8.2. O exame da necessidade

Caso a medida inicialmente escolhida pelo juiz supere, com êxito, o teste da idoneidade (ou adequação), há que se submetê-la ao exame da necessidade, pelo qual se verifica se existem outras medidas cautelares capazes de debelar a situação de perigo já identificada, sem restringir, na mesma intensidade, o direito fundamental afetado.

Como já ressaltamos,¹¹³⁵ o exame da necessidade é um teste comparativo entre medidas cautelares alternativas que possam promover o mesmo fim. Uma medida não será necessária se a sua finalidade puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado, ou restrinja-o com uma intensidade menor.

O primeiro passo é verificar se alguma medida cautelar, diversa da escolhida, se reveste de idoneidade ao menos equivalente para enfrentar a situação de perigo. Não basta, agora, que o meio alternativo se limite a contribuir de qualquer modo para debelar a situação de perigo; é preciso que essa contribuição seja ao menos igualmente eficaz.

Identificadas as medidas que tenham idoneidade equivalente, o próximo passo é verificar qual delas afeta menos intensamente o direito fundamental restringido.

Como já ressaltamos,¹¹³⁶ na comparação entre medidas potencialmente idôneas há duas variáveis a considerar: i) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e ii) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Como se trata de duas variáveis, há que se determinar qual delas tem maior importância. O meio menos gravoso somente preponderará quando as medidas potencialmente idôneas forem igualmente eficientes na realização do objetivo. O critério decisivo no exame da necessidade, portanto, é a

¹¹³⁵ Vide também item 3.8.5.2.

¹¹³⁶ Vide item 3.8.5.3.

eficiência da medida. Se a medida mais eficiente for também a mais gravosa, a solução do meio menos gravoso não prevalecerá, o que não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo, uma vez que essa proteção apenas se desloca para o exame da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹³⁷

A esse propósito, segundo Laura Clérico, quando os meios alternativos, de igual idoneidade, restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados, mas afetam em maior medida outros direitos fundamentais, o exame da necessidade deixa de ser conclusivo, “porque o meio estabelecido não é menos lesivo em todos os sentidos relevantes”. Nesses “casos duvidosos”, o exame da necessidade permanece em aberto e apenas funciona como uma espécie de pré-estruturação do exame subsequente da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹³⁸

Se o juiz, no anterior exame da adequação, vislumbrar a possibilidade de impor, desde logo, mais de uma medida cautelar, todas as medidas que reputar aptas e potencialmente aplicáveis deverão ser submetidas ao exame da necessidade, a fim de se verificar se essa cumulação é, de fato, essencial frente ao *periculum libertatis*, por insuficiência da aplicação isolada de uma delas.

O juiz, no exame da necessidade, não pode se impressionar com a mera gravidade em abstrato do crime. Essa questão de capital importância, embora já devesse estar superada pelo exame do *periculum libertatis* (gravidade em abstrato do crime, por si só, não constitui fundamento idôneo de situação de perigo), frequentemente retorna à cena no exame da necessidade.

Quando se examina a eventual necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, depara-se, em certos casos, com uma zona de penumbra entre gravidade abstrata e gravidade concreta do crime. Apresenta-se a delicada pergunta: as circunstâncias e o modo de execução do crime são normais e ínsitos ao tipo penal, ou o fato se reveste de particularidades graves e relevantes?

Nesse ponto, o juiz, além da exação na avaliação da situação fática, deve ter em mente que a exceção que autoriza a prisão preventiva por esse fundamento (circunstâncias do fato e especial modo de execução, reveladores do maior grau de periculosidade do

¹¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais* – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

¹¹³⁸ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 174. No mesmo sentido, ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 326.

agente) não pode ser distorcida e expandida, a ponto de se tornar a regra. Considerar qualquer conduta que simplesmente se subsuma no tipo penal como de especial gravidade, para justificar uma prisão preventiva, nada mais é do que prender pela mera gravidade abstrata do crime e estabelecer, de forma inconstitucional, uma modalidade de prisão preventiva obrigatória.

No exame da necessidade, é preciso, uma vez mais e sempre, ter presente a natureza real da situação de perigo e o grau de cautelaridade concretamente exigido, para aferir qual a medida idônea, eficaz e menos gravosa.

Vejamos uma situação concreta e muito comum na experiência forense. Imputa-se a um pai, primário e de bons antecedentes, a prática de atos libidinosos contra a filha de oito anos de idade. Requer-se a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública, a fim de impedir que pratique novos atos libidinosos com a menor. Aduz-se que estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) é crime gravíssimo, que evidencia a personalidade desajustada do agente ao convívio social e a sua periculosidade, a justificar sua segregação provisória. Invoca-se ainda a necessidade da prisão para garantir a instrução criminal, no intuito de se preservar a isenção de ânimo em depor da vítima e sua mãe, ameaçadas pelo pai para não reportarem os crimes.

Constata-se, de plano, um erro no processo de justificação externa¹¹³⁹ do pedido de prisão preventiva, por falha na identificação do *periculum libertatis*. A situação de perigo para a ordem pública foi traduzida por meio de fórmulas de estilo, hipotéticas, válidas para todos os casos e para qualquer imputado, sem base em elementos fáticos concretos. A prisão preventiva não pode ser decretada com base na gravidade abstrata do crime e na suposição de que o imputado, em liberdade, cometerá novos delitos de mesma espécie. A presunção, com base nessa conjectura, é de culpabilidade, e não de inocência.

Relembre-se que, de acordo com a segunda lei do sopesamento, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”,¹¹⁴⁰ razão por que a prisão cautelar exige o mais alto grau de probabilidade quanto ao *periculum libertatis* e a demonstração de sua base empírica idônea.

Por sua vez, para enfrentar a apontada situação de perigo à instrução criminal, há outras medidas cautelares, menos gravosas do que a prisão preventiva e igualmente

¹¹³⁹ Sobre justificação interna e externa na argumentação jurídica, vide item 3.7.4.1.

¹¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167 e pp. 617-619.

idôneas, que, cumulativamente impostas, podem obstar que a convivência do agressor com a criança e sua mãe possa prejudicar a sua higidez psíquica, interferir no seu ânimo de depor e contaminar a escoreita apuração dos fatos, fechando um círculo de proteção às fontes de prova: i) afastamento do imputado da residência familiar; ii) proibição de se aproximar da vítima e sua mãe; iii) proibição de contatá-las por qualquer meio; e iv) proibição de se dirigir a qualquer lugar em que se encontrem (art. 22, I e III, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.340/06).

Embora grave a imputação, somente a correta identificação do *periculum libertatis* possibilitou concluir que a prisão preventiva era desnecessária, diante da existência de outras medidas cautelares a ela alternativas, menos gravosas e igualmente eficazes para promover o fim pretendido. Como *ultima ratio*, a prisão preventiva deve ser reservada para a hipótese de descumprimento das medidas protetivas impostas (art. 313, III, CPP).

Analogamente, se basta, v.g., suspender um fiscal de tributos do exercício da função para impedir que se prevaleça do cargo para praticar crimes contra a administração pública, cumulada com a proibição de acessar ou frequentar seu local de trabalho e outros que se mostrarem pertinentes, para que não altere, oculte ou suprima documentos, dados e vestígios da infração, e com a proibição de manter contato com subordinados, superiores e testemunhas, para preservar a higidez dessas fontes de prova, a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da investigação criminal será desnecessária, pois as medidas cautelares dela diversas são igualmente eficazes e menos gravosas.

6.8.3. O exame da proporcionalidade em sentido estrito

Nos exames da idoneidade (adequação) e da necessidade, a ponderação não desempenha papel algum. Trata-se apenas de impedir uma intervenção que, sob o aspecto das possibilidades fáticas, é plenamente evitável. As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais.¹¹⁴¹

Para constatar se uma medida cautelar é apta a promover o fim almejado (debelar a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado), não se realiza nenhuma ponderação entre princípios colidentes, para se decidir qual deles deverá prevalecer. Apenas se constata se existe ou não relação de causalidade entre meio e fim, para saber se a medida escolhida é adequada ou inadequada.

¹¹⁴¹ Vide item 3.8.3.

Para constatar se uma medida cautelar é necessária face à situação de perigo, também não se faz ponderação alguma. Apenas se verifica se existem medidas cautelares a ela alternativas que sejam igualmente eficazes e, ao mesmo tempo, menos gravosas. Se houver, a medida escolhida será desproporcional, por ser desnecessária.

Superados os exames da adequação e da necessidade, resta submeter a medida cautelar potencialmente elegível ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, campo, por excelência, da ponderação, por se referir à otimização dos princípios colidentes em relação às suas possibilidades jurídicas.

A colisão entre princípios ocorre quando ao menos duas normas de direito fundamental não podem ser realizadas, de forma completa, ao mesmo tempo e sob as mesmas circunstâncias. “Um passo adiante na realização de uma depende da diminuição da realização da outra (isto é, de sua restrição) e vice-versa”.¹¹⁴²

Como os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, quando dois ou mais princípios colidem, a realização de cada um deles dependerá do grau de realização dos demais, e somente o sopesamento permitirá alcançar um grau ótimo de realização de todos os princípios envolvidos. Por essa razão, diz-se que a otimização de um direito fundamental, nesse caso, “vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito”.¹¹⁴³

De acordo com o exame da proporcionalidade em sentido estrito, como já visto neste trabalho,¹¹⁴⁴ a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim por ela perseguido. Indaga-se se o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais, isto é, se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.¹¹⁴⁵

A proporcionalidade em sentido estrito é, portanto, idêntica à primeira lei do sopesamento: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.¹¹⁴⁶

¹¹⁴² CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 184.

¹¹⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 43-44, abril, 2002.

¹¹⁴⁴ Vide item 3.8.5.3.

¹¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

¹¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo:

Como as vantagens obtidas com a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios impostos ao seu titular, é preciso comparar a intensidade da intervenção com a importância da promoção do fim, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência condicionada, vale dizer, para determinar as condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro, com o qual colide.¹¹⁴⁷

A lei do sopesamento, e, por conseguinte, a fixação da relação de precedência de um princípio sobre outro, compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios (= a intensidade da intervenção); ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação (= intervenção) do outro princípio. A “fórmula do peso” e os modelos para fixação dos graus de importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva (= peso), pela intervenção já foram abordados neste trabalho.¹¹⁴⁸

O centro do exame da proporcionalidade em sentido estrito é a relação de peso dos argumentos que falam a favor e contra a restrição do direito fundamental.¹¹⁴⁹ A desproporcionalidade em sentido estrito surgirá quando a importância concreta da satisfação do princípio colidente ficar abaixo do grau de intensidade da intervenção. Dito de outro modo, a medida cautelar pessoal será desproporcional em sentido estrito toda vez que a intervenção for mais intensa, em algum grau, do que a importância da satisfação das exigências cautelares que se apresentam. Se uma forte razão para a intervenção justifica uma leve intervenção, uma leve ou média razão para a intervenção não justifica uma forte intervenção.

De acordo com Laura Clérico, quanto mais o titular do direito fundamental for onerado “em seus interesses, necessidades e/ou concepção de plano de vida” por uma restrição, tanto maior deverá ser a força das razões que pretendem justificá-la, uma vez que dele não se pode “exigir o insuportável”.¹¹⁵⁰

O sopesamento não é apenas uma fase do exame da proporcionalidade destinada a testar uma medida concreta. As regras editadas pelo legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, também são produto de um sopesamento realizado em abstrato entre princípios.

Malheiros, 2011, p. 593.

¹¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 50-51.

¹¹⁴⁸ *Idem*, op., pp.593-594.

¹¹⁴⁹ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 183.

¹¹⁵⁰ *Idem*, op. cit., pp. 182-183 e 190-191, em especial a nota de rodapé n. 101.

As vedações legais à imposição de qualquer medida cautelar, quando à infração não for cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, CPP), e à prisão preventiva originária, quando a pena máxima cominada ao crime não exceder a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CPP), por exemplo, constituem produto de um sopesamento feito pelo legislador, em abstrato, entre o direito de liberdade do imputado e os interesses do processo ou de defesa social, em que se decidiu pela prevalência do primeiro. Buscou-se harmonizar as legislações penal e processual penal, no pressuposto de que a prisão preventiva será sempre desproporcional quando não houver possibilidade de condenação a pena privativa de liberdade, ou, mais precisamente, de sua execução em regime de encarceramento.

A propósito, i) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, “c”, CP); ii) a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos poderá ser substituída por pena restritiva de direitos, quando não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, “ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime foi culposos” (art. 44, I, CP); e iii) a execução de pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos poderá ser suspensa condicionalmente por 2 (dois) a 4 (quatro) anos (art. 77, CP).

Se a prisão preventiva originária fosse admitida nessas hipóteses, as vantagens obtidas com a promoção do fim (debelar o *periculum libertatis*) não compensariam os sacrifícios impostos ao imputado, diante da ausência de probabilidade de execução de pena privativa de liberdade mediante encarceramento. Se a prisão preventiva “não é um fim em si mesma, mas um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento principal”,¹¹⁵¹ qual a razão para manter o imputado preso até a sentença e então colocá-lo em liberdade mediante concessão do *sursis*, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou para cumprir pena em regime aberto, em prisão domiciliar?

É certo que o juiz poderá, na sentença, impor regime mais gravoso do que a pena aplicada admite (art. 33, § 3º, CP) e, embora presentes os seus requisitos objetivos, negar o *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis (arts. 44, II, CP e 77, II, CP). Ainda assim, o legislador decidiu subtrair ao juiz qualquer margem de livre apreciação sobre o cabimento da prisão preventiva originária, quando a pena máxima não exceder a 4 (quatro) anos e o imputado não for reincidente em crime doloso (art. 313, I e II, CPP). Diante do princípio

¹¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 717.

da legalidade estrita, somente poderão ser impostas medidas cautelares diversas, reservando-se a prisão preventiva para o seu descumprimento injustificado (art. 312, parágrafo único, CPP).

Ainda que presente uma das hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva, a mesma *ratio* que inspirou a regra do art. 313, I, do Código de Processo Penal deve presidir o exame da proporcionalidade em sentido estrito da medida cautelar, já estabelecida como adequada e necessária ao caso concreto. O juiz, portanto, “deverá também considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada”.¹¹⁵²

Nesse sentido, Vittorio Grevi pondera que, na determinação da medida cautelar aplicável, o juiz deve levar em conta não só a sua aptidão para satisfazer as exigências cautelares, mas também a sua congruência, sob o perfil da “*deminutio libertatis*” que resulta para o imputado, tanto no que diz respeito à gravidade do crime quanto à quantidade de pena que, concretamente, possa vir a ser imposta ou que já tenha sido imposta (v.g., com uma sentença condenatória de primeiro grau).¹¹⁵³

Trata-se, segundo Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, do chamado critério da “consequência jurídica”, também denominado de critério “da pena ou medida esperada”, que proíbe a prisão provisória do imputado quando a medida for desproporcional em relação à ‘importância da causa’ e à pena ou medida de segurança esperadas.¹¹⁵⁴ Esse critério também é conhecido como “princípio da homogeneidade”, por força do qual as medidas cautelares devem ser homogêneas, embora não idênticas, com as futuras medidas a serem impostas com o provimento final e executadas.¹¹⁵⁵

Para ilustrar essa questão, citemos alguns crimes. O furto qualificado é punido com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos (art. 155, § 4º, CP); o estelionato é punido com reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos (art. 171, CP); a falsificação de documento público é punida com reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos (art. 297, CP); a concussão é punida com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos (art. 316, CP); a corrupção passiva e a corrupção ativa são

¹¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 718.

¹¹⁵³ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs.). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 404.

¹¹⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 252-253.

¹¹⁵⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 696-697. No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55) e Andrey Borges de Mendonça (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 232-236).

punidas com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos (arts. 317 e 333, CP). Todos esses crimes, com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, admitem, em tese, a prisão preventiva (art. 313, I, CPP). Contudo, se houver prognóstico, com base em elementos concretos dos autos (primariedade, circunstâncias judiciais favoráveis, modo normal de execução), de que o imputado, ao final, não será segregado do meio social em execução de uma pena privativa de liberdade (pela concessão de regime aberto, *sursis* ou pela substituição por restritiva de direitos), a decretação da prisão preventiva será desproporcional em sentido estrito e, portanto, inadmissível.

Aplica-se esse mesmo raciocínio ao roubo simples, punido com reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (art. 157, *caput*, CP). Embora não caiba a substituição por restritiva de direitos, caso o agente seja primário, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime aberto, salvo se houver motivação idônea para impor regime mais severo, que não se confunde com a mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime (Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal).¹¹⁵⁶ Nesse contexto, se as circunstâncias do crime e o seu modo de execução não evidenciarem sua gravidade concreta, o prognóstico final será de não encarceramento, a tornar desproporcional em sentido estrito a prisão preventiva originária.

Outrossim, qualquer medida cautelar, e não apenas a prisão temporária ou preventiva, submete-se ao exame em questão. Se a vantagem por ela representada não justificar o grau de restrição imposto e impor um ônus excessivo e intolerável ao imputado, a medida será desproporcional em sentido estrito.

Exemplificando, a suspensão total do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a despeito de fomentar com eficiência o fim de impedir a prática de novos crimes, restringe severamente o direito de liberdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*, CF), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF) e a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF). Se o grau máximo de intervenção nesses direitos não se justificar plenamente em face das exigências cautelares, a medida impõe uma restrição que transcende os limites do suportável e será desproporcional em sentido estrito. Nessa hipótese, alternativamente deverá ser avaliada a possibilidade de suspensão parcial de funções ou atividades para a promoção do mesmo fim.

¹¹⁵⁶ Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” e “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”

O exame da proporcionalidade em sentido estrito também se mostra relevante quando a medida cautelar imposta atinge mais de um direito fundamental.

Como aduz Maurício Zanoide de Moraes, uma medida idônea e necessária a um fim almejado e específico pode aniquilar outros direitos fundamentais no caso concreto, que não tinham sido considerados e poderiam ficar à margem de qualquer proteção. Se a adequação é um juízo objetivo e a necessidade um juízo comparativo, a proporcionalidade em sentido estrito é um juízo valorativo, que exige “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”.¹¹⁵⁷

A medida cautelar de “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades” (art. 319, I, CPP), que restringe a liberdade de locomoção, não pode ser imposta com intervalos temporais tão estreitos (v.g., diariamente, mais de uma vez por dia) que inviabilizem o exercício de outros direitos fundamentais do imputado, como o exercício de profissão ou atividade econômica, de modo a comprometer a sua subsistência, sob pena de desproporcionalidade em sentido estrito. A experiência forense demonstra que essa medida, a despeito de aparentemente não representar um ônus maior ao imputado, pode, concretamente, vir a sê-lo, quando ele residir ou trabalhar distante do fórum, muitas vezes em município diverso, e não puder deixar o seu local de trabalho ou residência (v.g., por ser a única pessoa disponível, nos dias úteis, para tomar conta dos filhos) durante o horário de expediente forense. Uma solução possível é determinar que o comparecimento pessoal ocorra no plantão judiciário de final de semana, com posterior encaminhamento, ao juiz natural da causa, do registro de presença e das informações prestadas pelo imputado.

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP), em princípio, não pode ser tão ampla a ponto de impedir o imputado de exercer o direito de estudar, trabalhar ou mesmo de realizar atividades de lazer. Proibi-lo de frequentar a escola em que estuda, o prédio em que trabalha, o único parque ou shopping-center da localidade, o município em que residem a vítima ou testemunha, pode se mostrar uma medida desproporcional em sentido estrito, salvo se houver motivos excepcionalmente graves que justifiquem tamanha restrição.

A proibição de se ausentar da comarca (art. 319, I, CPP) também merece reflexão.

¹¹⁵⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 329.

Imposta a um motorista profissional, representante comercial ou vendedor que realizem constantes viagens, pode constituir um ônus excessivo e intolerável para o imputado, por inviabilizar o exercício de sua profissão. Diga-se o mesmo da proibição de se ausentar do país (art. 320, CPP), aplicada a um executivo com vínculos sólidos no Brasil, cuja presença no exterior seja imprescindível para o desempenho de atividade econômica ou financeira.

Em suma, para reprovação de uma medida cautelar pessoal no exame da proporcionalidade em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. A desproporcionalidade em sentido estrito, portanto, não atinge somente as intervenções graves. Uma intervenção leve, que careça de justificação adequada, será desproporcional em sentido estrito.¹¹⁵⁸

Por fim, quando houver uma equivalência entre o grau de afetação da liberdade de locomoção e o grau de importância da realização do princípio colidente, a intervenção será proporcional em sentido estrito. Nas palavras de Robert Alexy, “se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional”.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 41, abril, 2002, p. 41.

¹¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608.

7. CONCLUSÃO

À época dos trabalhos da Assembleia Constituinte e da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema cautelar processual penal era binário: prisão ou liberdade, sem opções intermediárias à disposição do juiz. Essa concepção se refletiu no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”).

Após sucessivas e pontuais alterações legislativas nesse sistema, a Lei nº 12.403/11 promoveu sua radical transformação, ao prever dez medidas cautelares diversas da prisão, a ela alternativas. Essa nova realidade infraconstitucional conduziu a uma mutação constitucional daquele dispositivo, vale dizer, a uma alteração no seu significado, sem modificação do seu teor literal.

Conforme demonstramos neste trabalho, a norma do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, passou a ser: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Essa norma, com a natureza de regra, densifica o princípio da liberdade de locomoção, ao acentuar o caráter excepcional da prisão cautelar e, como um direito clássico de liberdade, cria um dever estatal de abstenção (conduta negativa), consistente em garantir ao indivíduo uma esfera de proteção e autonomia, na qual o Estado não deve intervir, sem fundadas razões. Também impõe ao Estado um duplo dever de agir (conduta positiva), que se traduz não apenas na obrigação de regular, por lei, a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão, mediante adequada tipificação e previsão de requisitos para sua concessão (dimensão legislativa), como também na exigência de prestações fáticas positivas que possibilitem a sua concreta aplicação (dimensão administrativa).

A interpretação evolutiva do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal eleva as medidas cautelares diversas da prisão ao abrigo da proibição do retrocesso social, o que impede qualquer tentativa de supressão, pelo legislador infraconstitucional, das medidas cautelares diversas da prisão. Em obediência a essa norma constitucional, as sucessivas alterações legislativas em matéria de restrição à liberdade de locomoção instituíram um sistema legal de proteção a esse direito, fundado na proporcionalidade, que prestigia as medidas menos onerosas e reforça a noção de prisão cautelar como *ultima ratio*.

Com o atual quadro de medidas cautelares diversas da prisão, o legislador ordinário

atingiu um nível superior de realização do direito fundamental de liberdade, que não deixa margem para retrocesso. Por via de consequência, serão inconstitucionais a ab-rogação desse sistema legal de medidas cautelares diversas da prisão ou a sua derrogação, sem que outras medidas idôneas e menos invasivas do que a prisão venham a ser contempladas.

Demonstramos ainda a existência de um novo direito fundamental, decorrente dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º): o direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.

A excepcionalidade da prisão ou de qualquer medida cautelar pessoal, como corolário da tutela constitucional da liberdade de locomoção, exige não apenas proporcionalidade na sua aplicação como também fundamentação idônea e individualização. Se a fundamentalidade material de um direito decorrente deriva de sua equiparação ou equivalência, em conteúdo e dignidade, aos direitos fundamentais catalogados, a norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental, não-expresso, à individualização da medida cautelar pessoal encontra-se no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: “A lei regulará a individualização da pena”.

Esse enunciado (disposição ou texto) contém uma norma, pois expressa um dever: a pena deverá ser individualizada tanto no momento da elaboração legislativa, com a previsão, em abstrato, das penas e do método a ser judicialmente empregado na sua concretização, quanto de sua efetiva aplicação judicial.

Se, uma vez estabelecida a culpa, pressuposto para a imposição de pena, há o direito fundamental à individualização desta, *a fortiori*, durante o processo que poderá levar à formação daquela, caso se faça necessária uma intervenção no direito à liberdade, há o direito fundamental decorrente à individualização dessa medida cautelar.

Identificamos, ainda, uma segunda norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental, não-expresso, à individualização da medida cautelar pessoal, que também decorre da nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, por força da mutação constitucional havida: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Diante do rol de medidas cautelares pessoais estabelecido pelo legislador e da prisão como *ultima ratio*, o juiz deverá obrigatoriamente partir da medida de menor intensidade para somente então alcançar a de maior intensidade, por força da proporcionalidade, individualizando a medida cautelar adequada e necessária à espécie.

O direito à individualização, portanto, decorre do art. 5º, LXVI, da Constituição

Federal, por se tratar do meio para controlar se o juiz, no caso concreto, racionalmente justificou a adequação e a necessidade da medida escolhida, dentre o rol de medidas legalmente instituídas por determinação constitucional.

A atribuição de dignidade constitucional ao direito à individualização da medida cautelar pessoal, além de expressar a sua fundamentalidade e a sua força irradiante no processo penal, tem repercussão no controle de constitucionalidade de espécies normativas e de decisões judiciais. Além do controle incidental ou concreto, pela via do recurso extraordinário (art. 102, III, “a”, CF), o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado (art. 102, I, “a”, CF), poderá verificar a compatibilidade material de lei ou ato normativo com o direito fundamental em questão, assim como reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de medida para torná-lo efetivo (art. 103, § 2º, CF).

Em sua dimensão objetiva, o direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal transcende o interesse meramente individual, obrigando o Estado a atuar positivamente para assegurar o seu pleno exercício, notadamente pela construção de toda uma infraestrutura normativa, organizacional e procedimental destinada à sua maior efetivação, independentemente da existência de um direito subjetivo concretamente violado. Essa dimensão projeta largos efeitos no campo da omissão estatal.

Há casos em que, não obstante cumprido o dever de legislar, o silêncio administrativo, vale dizer, a omissão estatal em adotar as medidas administrativas concretizadoras da lei que garante a aplicabilidade de um comando constitucional, acaba por impedir a integral produção dos efeitos por este último almejados.

A omissão administrativa frustra a exequibilidade do comando constitucional, paralisa a vontade do poder constituinte e precisamente nessa conduta negativa reside a inconstitucionalidade. Nas hipóteses em que sua concretização dependa da intermediação positiva do administrador, de nada valeria um direito fundamental se ficasse ao exclusivo alvedrio da Administração Pública decidir se e quando agir. A atuação do administrador, no campo dos direitos fundamentais, não é meramente discricionária, mas sim vinculada ao cumprimento dos fins constitucionalmente almejados, incumbindo-lhe agir com exação para atendê-los, sem procrastinação. Em outras palavras, não há margem para o administrador tergiversar.

O art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, na exegese proposta neste trabalho, determina que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança.

O grau máximo de efetividade dessa norma depende, diretamente, do grau máximo

de concretização de todas as medidas cautelares legalmente previstas. Frustrar a concretização de uma delas, por ausência ou deficiência dos meios a tanto necessários, significa frustrar a própria efetividade do comando constitucional. Tem-se, aqui, uma nítida projeção da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

O dever constitucional de legislar, portanto, imbrica-se com o dever constitucional de adotar as providências administrativas correlatas, sob pena de esvaziamento do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, e de se impedir a plena fruição de um direito fundamental.

Não se cuida de mera omissão ilegal, pois não é simplesmente o comando legal que está sendo desatendido. A omissão administrativa é constitucionalmente relevante por interferir, de forma direta, no direito de liberdade e no direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.

Das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, a monitoração eletrônica é a única cuja aplicação depende de providências administrativas concretas do Poder Executivo, de uma prestação fática positiva de sua parte, seja pela aquisição dos equipamentos necessários e execução direta desse serviço, seja pela contratação de prestadora de serviço, obedecida, em qualquer caso, a lei de regência das licitações e contratos da Administração Pública.

A omissão estatal em prover os meios necessários para implantação da monitoração eletrônica, caso ela seja aplicável no caso concreto, gera para o imputado o direito subjetivo à imposição de outra medida menos invasiva. Se a monitoração eletrônica, por ser adequada e suficiente, permitiria ao imputado permanecer em liberdade, não poderá ser imposta, como seu sucedâneo, uma medida mais gravosa, como a internação provisória ou a prisão cautelar. Há que se retroceder, e não avançar, na escala de invasividade da liberdade de locomoção.

Para sanar, de modo geral e abstrato, essa omissão administrativa inconstitucional e compelir o administrador a agir, assegurando-se a produção de todos os efeitos visados pelo art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (dimensão objetiva do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal), há um instrumento jurídico de maior latitude.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cuja finalidade é combater a denominada síndrome de inefetividade de normas constitucionais. O art. 103, § 2º, da Constituição Federal, alude à omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, imputável a qualquer dos Poderes ou órgão administrativo. Ainda que, ordinariamente, essa omissão se traduza na inércia normativa, a omissão de providências ou atos administrativos concretos também pode ser objeto da ação de

inconstitucionalidade.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder Executivo para a adoção das providências necessárias (art. 103, § 2º, CF e art. 12-H da Lei n. 9.868/99), assinalando-se lapso temporal razoável, seguramente superior ao prazo constitucional de 30 (trinta) dias, para a adoção de todas as providências administrativas necessárias à disponibilização da monitoração eletrônica (licitação para compra de equipamentos ou contratação de prestador do serviço).

Em sua dimensão subjetiva, a consequência jurídica da violação do direito do imputado à individualização da medida cautelar pessoal é a exigência de cessação da intervenção, porque desprovida de fundamentação constitucional, no direito de liberdade.

A constitucionalidade de qualquer intervenção no direito fundamental de liberdade depende de sua fundamentação constitucional, que é controlada a partir da proporcionalidade.

A proporcionalidade, portanto, é a pedra angular do sistema de medidas cautelares pessoais.

A ponderação dos interesses em conflito, todavia, jamais pode conduzir à quebra do princípio da legalidade. Como destacamos neste trabalho, não se pode permitir, no Estado Constitucional de Direito, a atuação da potestade punitiva contra ou fora de suas próprias regras.

A preservação de direitos fundamentais constitui a essência e a destinação da proporcionalidade, que é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais e não uma válvula regulável ao talante do intérprete para justificar suas violações. A proporcionalidade, já o disse o Supremo Tribunal Federal, não pode ser transformada em gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional.

Nesse contexto, como deve orientar-se a escolha judicial da medida a ser aplicada ao caso concreto?

Enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, o juízo de legalidade constitui atividade de interpretação do direito, que o juiz desenvolve vinculado à lei e aos fatos.

A imposição de uma medida cautelar pessoal não constitui o exercício de uma potestade discricionária, mas sim de um juízo de legalidade, a ser necessariamente fundamentado. Ainda que, na praxe judiciária, muitas decisões se assentem na oportunidade ou conveniência da aplicação de uma medida cautelar, essa referência, de natureza retórica, é desprovida de rigor técnico. Pode-se questionar se uma medida

cautelar pessoal é legal ou ilegal, se encontra justificação constitucional ou não, se é proporcional ou desproporcional, mas não se é conveniente ou inconveniente, oportuna ou inoportuna, porque, repita-se, a margem de liberdade concedida ao juiz para essa apreciação não compreende a formulação de um juízo de valor dessa natureza.

Como ressaltado neste trabalho, a decisão que impõe uma medida cautelar pessoal jamais pode resultar de uma intuição individual misteriosa, senão de um procedimento cognoscitivo estruturado e comprovável de maneira intersubjetiva. A análise da fundamentação constitucional para a intervenção é que permite distinguir uma restrição (permitida) de uma violação (não permitida) ao direito de liberdade. Se não houver fundamentação constitucional para a intervenção, tratar-se-á de uma violação a esse direito fundamental e deverá ser deflagrada a consequência jurídica por ele prevista, enquanto direito de defesa, que é a exigência de sua cessação.

Para que a decisão que impõe medida cautelar pessoal não seja expressão de um decisionismo, fundado em critérios puramente subjetivos, há um caminho lógico a ser necessariamente percorrido pelo juiz, que confere maior racionalidade ao processo decisório e torna-o intersubjetivamente controlável.

Como se verificar, em um caso concreto, se há fundamentação constitucional para a intervenção no direito fundamental de liberdade? Pelo exame da proporcionalidade em sentido amplo da medida cautelar aplicada, método destinado a estabelecer se uma restrição pode ser considerada constitucionalmente fundamentada, ou se, ao revés, configura uma violação ao direito fundamental.

A aplicação de qualquer medida cautelar pessoal tem como pressupostos a legalidade, a justificação constitucional do fim e a judicialidade. Em razão do princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, não se reconhece ao juiz um poder geral de cautela.

A motivação da decisão que impõe uma medida cautelar compreende a demonstração concreta dos pressupostos da medida cautelar (o *fumus commissi delicti*, que se traduz na existência da infração e nos indícios de autoria), de seus requisitos (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado, o *periculum libertatis*), da sua hipótese de cabimento e dos critérios utilizados para a escolha de determinada medida cautelar, dentre as legalmente previstas.

No processo civil, o *fumus boni juris*, enquanto simples verossimilhança do direito invocado pela parte, é pressuposto inafastável do juízo cautelar, que se funda na hipótese de um futuro provimento favorável ao autor, na aparência do bom direito.

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *fumus boni juris*, enquanto probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim o *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de um fato aparentemente punível. Urge, portanto, superar o equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.

O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria, e impõe ao juiz o dever de valorar a consistência da plataforma indiciária indispensável para a adoção de qualquer medida cautelar pessoal. O exame do *fumus commissi delicti* é um antecedente lógico do exame do *periculum libertatis*, de modo que, se o primeiro restar inexistente ou insuficiente, não há que se passar à análise do segundo.

Embora o Código de Processo Penal somente se refira ao *fumus commissi delicti* em relação à prisão preventiva (art. 312, parte final), trata-se de pressuposto comum e indispensável a todas as medidas cautelares. Impor uma medida cautelar diversa da prisão sem demonstrar a existência do delito e os indícios de autoria equivale a fazê-lo *sem fundamentação*.

Não se reclama um quadro de certeza, de mesma consistência que o exigido para uma condenação, mas a qualificação “indício suficiente” exclui que simples suspeitas ou conjecturas possam legitimar uma intervenção no direito de liberdade. Indício suficiente significa probabilidade de autoria, e não simples possibilidade.

No processo civil, o *periculum in mora* encontra-se ligado à inevitável dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional final, e ao perigo resultante dessa demora para o bem jurídico tutelado, em decorrência da alteração da situação de fato. O *periculum in mora*, portanto, vincula-se a um fator temporal, ainda que parte da doutrina advirta que a sua tônica não está propriamente na morosidade natural da prestação jurisdicional, mas sim no conceito de perigo, que, por si só, seja capaz de colocar em risco a efetividade do direito ou do interesse protegido.

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *periculum in mora*, enquanto inevitável dilação temporal entre o nascer do processo e o ato decisório que lhe põe termo, mas sim o *periculum libertatis*, enquanto situação de perigo ao normal desenvolvimento ou aos fins do processo, que decorre do estado de liberdade do imputado. Urge, portanto, superar mais esse equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.

A correta avaliação da existência e da intensidade da situação de perigo é *conditio sine qua non* da aplicação de uma medida cautelar. Se não houver nenhuma situação de perigo, é vedada a imposição de qualquer medida cautelar. Se estiver presente uma situação de perigo, a resposta cautelar deverá ser modulada nos limites necessários para debelá-lo.

Conforme ressaltado, não se pode medir o *periculum libertatis* pela régua do *fumus commissi delicti*. São exames estanques e sucessivos, que não se confundem. O *periculum libertatis* nem sequer é diretamente proporcional ao *fumus commissi delicti*. A maior probabilidade de autoria não se traduz em maior probabilidade de perigo. Pode haver um alto grau de probabilidade em relação à autoria, e não existir qualquer situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado.

Logo, não cabe modular a resposta cautelar em razão do maior ou menor grau do *fumus commissi delicti*. Ou o *fumus commissi delicti* está ausente e não autoriza a adoção de nenhuma medida cautelar, ou está presente (com maior ou menor probabilidade), e autoriza a decretação de uma medida cautelar, a ser racionalmente escolhida em função do exame sucessivo do *periculum libertatis*.

No exame do *periculum libertatis*, é indispensável que o juiz aponte fatos objetivamente existentes nos autos, vedando-se suposições ou conjecturas.

As situações que tipificam o *periculum libertatis* e que exaurem o rol de causas idôneas a legitimar a adoção de medidas cautelares são: i) garantia da ordem pública, na qual se insere a necessidade de se evitar a reiteração na prática de infrações penais; ii) garantia da ordem econômica; iii) necessidade da investigação ou da instrução criminal; e iv) necessidade para aplicação da lei penal (arts. 282, I, e 312, CPP).

O exame do *periculum libertatis* é crucial não apenas para determinar se alguma medida deve ou não ser aplicada, mas também para estabelecer qual medida deverá ser aplicada dentre as legalmente previstas, em razão da natureza da situação de perigo diagnosticada e do grau das exigências cautelares a satisfazer no caso concreto.

Neste particular, o *fumus commissi delicti* não desempenha nenhum papel na escolha da medida cautelar, por ser apenas um pressuposto para que se possa alcançar esse momento. Trata-se de um exame, por assim dizer, meramente eliminatório da possibilidade de aplicação de uma medida cautelar. O fator determinante, por excelência, dessa escolha é o *periculum libertatis*, responsável por modular a intensidade da resposta estatal às exigências cautelares que se apresentam.

Uma vez individualizada a situação de perigo criada pelo comportamento do

imputado, é chegado o momento de estabelecer, pelo exame da proporcionalidade em sentido amplo, como será feita a intervenção no seu direito de liberdade, em resposta à situação de perigo por ele causada.

A proporcionalidade é o vetor que orientará, racionalmente, a escolha judicial da medida a ser aplicada, pois qualquer a intervenção no direito de liberdade somente será constitucional se superar as suas exigências.

O exame da proporcionalidade tem uma estrutura pré-definida, com três sub-regras que são aplicadas de maneira sucessiva e escalonada, às quais o juiz deve submeter as medidas cautelares potencialmente elegíveis diante da situação de perigo identificada, para determinar, caso sejam superados aqueles filtros, qual delas será imposta.

O juiz, ao testar as medidas potencialmente aplicáveis ao caso concreto, nem sempre procederá à análise de todas as sub-regras. Se no primeiro teste a medida revelar-se inadequada (inidônea), nem se passará ao exame subsequente da necessidade. A análise da proporcionalidade em sentido estrito somente será exigível se a medida superar, com êxito, os testes da adequação e da necessidade. Desta feita, é possível esgotar-se o exame da proporcionalidade em sentido amplo de uma medida cautelar já no exame de adequação, ou, superado este, no exame da necessidade.

De acordo com a sub-regra da idoneidade (adequação), toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover a realização de um fim. Não se exige que a intervenção realize-o por completo, mas sim que se mostre idônea (apta) a favorecer a sua obtenção.

Não se avalia, no exame da adequação, se as medidas elegíveis são de fato essenciais, por não existirem medidas alternativas menos gravosas para debelar a situação de perigo, questão reservada ao exame subsequente da necessidade. Importa, tão-somente, a relação de causalidade entre meio (medida cautelar potencialmente aplicável) e fim (situação de perigo a debelar). Disso resulta a imprescindibilidade da determinação do fim, pela correta individualização do *periculum libertatis*, pois um fim vago não permitirá verificar se ele é, ou não, promovido pela adoção da medida.

A sub-regra da idoneidade ou adequação funciona, em verdade, como um critério negativo, uma vez que visa eliminar os meios que não sejam adequados (idôneos) ao fim proposto, isto é, que não se mostrem aptos a promover, de nenhum modo, a sua realização.

Nessa esteira, é inegável que a prisão preventiva é apta a promover o fim de debelar qualquer situação de perigo que se apresente em relação à ordem pública, à investigação ou instrução criminal e à aplicação da lei penal. Logo, presentes o *fumus commissi delicti*, o

periculum libertatis e as suas hipóteses de cabimento, a prisão preventiva sempre seria, desde logo, uma medida cautelar idônea e potencialmente elegível.

Ocorre que a prisão preventiva, como *ultima ratio*, somente poderá ser considerada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares dela diversas. Ante o caráter excepcional da prisão preventiva e por força do princípio da gradualidade, o juiz deve necessariamente iniciar o exame da adequação partindo das medidas menos invasivas e gravosas, sob pena de se frustrarem o sistema de progressiva afluência das medidas cautelares pessoais e o direito fundamental do imputado à sua individualização.

A prisão preventiva, portanto, somente será uma opção constitucionalmente válida quando constatada a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas para responder à situação de perigo que se apresenta.

Caso a medida inicialmente escolhida pelo juiz supere, com êxito, o teste da idoneidade (ou adequação), há que se submetê-la ao exame da necessidade, pelo qual se verifica se existem outras medidas cautelares capazes de debelar a situação de perigo já identificada, sem restringir, na mesma intensidade, o direito fundamental afetado.

O exame da necessidade é um teste comparativo entre medidas cautelares alternativas que possam promover o mesmo fim. Uma medida não será necessária se a sua finalidade puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado, ou restrinja-o com uma intensidade menor.

O primeiro passo é verificar se alguma medida cautelar, diversa da escolhida, reveste-se de idoneidade ao menos equivalente para enfrentar a situação de perigo. Não basta, agora, que o meio alternativo se limite a contribuir de qualquer modo para debelar a situação de perigo; é preciso que essa contribuição seja ao menos igualmente eficaz.

Identificadas as medidas que tenham idoneidade equivalente, o próximo passo é verificar qual delas afeta menos intensamente o direito fundamental restringido.

Na comparação entre medidas potencialmente idôneas há duas variáveis a considerar: i) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e ii) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. A variável mais importante é a eficiência, de modo que o meio menos gravoso somente preponderará se as medidas potencialmente idôneas forem igualmente eficientes na realização do objetivo. Se a medida mais eficiente for também a mais gravosa, esta prevalecerá. Como demonstramos no trabalho, isso não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo, uma vez que essa proteção apenas se desloca para o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Se o juiz, no anterior exame da adequação, vislumbrar a possibilidade de impor, desde logo, mais de uma medida cautelar, todas as medidas que reputar aptas e potencialmente aplicáveis deverão ser submetidas ao exame da necessidade, a fim de se verificar se essa cumulação é, de fato, essencial frente ao *periculum libertatis*, por insuficiência da aplicação isolada de uma delas.

O juiz, no exame da necessidade, não pode se impressionar com a mera gravidade em abstrato do crime. Essa questão, embora já devesse estar superada pelo exame do *periculum libertatis* (gravidade em abstrato do crime, por si só, não constitui fundamento idôneo de situação de perigo), frequentemente retorna à cena no exame da necessidade.

Quando se examina a eventual necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, depara-se, em certos casos, com uma zona de penumbra entre gravidade abstrata e gravidade concreta do crime. Apresenta-se a delicada pergunta: as circunstâncias e o modo de execução do crime são normais e ínsitos ao tipo penal, ou o fato se reveste de particularidades graves e relevantes?

Nesse ponto, o juiz, além da exação na avaliação da situação fática, deve ter presente que a exceção que autoriza a prisão preventiva por esse fundamento (circunstâncias do fato e especial modo de execução, reveladores do maior grau de periculosidade do agente) não pode ser distorcida e expandida, a ponto de se tornar a regra. Considerar qualquer conduta que simplesmente se subsuma no tipo penal como de especial gravidade, para justificar uma prisão preventiva, nada mais é do que prender pela mera gravidade abstrata do crime e estabelecer, de forma inconstitucional, uma modalidade de prisão preventiva obrigatória.

No exame da necessidade, é preciso, uma vez mais e sempre, ter presente a natureza real da situação de perigo e o grau de cautelaridade concretamente exigido, para aferir qual a medida idônea, eficaz e menos gravosa.

Nos exames da idoneidade (adequação) e da necessidade, a ponderação não desempenha papel algum. Como demonstrado, trata-se apenas de impedir uma intervenção que, sob o aspecto das possibilidades fáticas, é plenamente evitável. As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais.

Para constatar se uma medida cautelar é apta a promover o fim almejado (debelar a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado), não se realiza nenhuma ponderação entre princípios colidentes, para se decidir qual deles deverá prevalecer. Apenas se constata se existe ou não relação de causalidade entre meio e fim, para saber se

a medida escolhida é adequada ou inadequada.

Para constatar se uma medida cautelar é necessária face à situação de perigo, também não se faz ponderação alguma. Apenas se verifica se existem medidas cautelares a ela alternativas que sejam igualmente eficazes e, ao mesmo tempo, menos gravosas. Se houver, a medida escolhida será desproporcional, por ser desnecessária.

Superados os exames da adequação e da necessidade, resta submeter a medida cautelar potencialmente elegível ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, campo, por excelência, da ponderação, por se referir à otimização dos princípios colidentes em relação às suas possibilidades jurídicas.

De acordo com o exame da proporcionalidade em sentido estrito, a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim por ela perseguido. Indaga-se se o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais, vale dizer, se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.

A proporcionalidade em sentido estrito é, portanto, idêntica à lei do sopesamento: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Como as vantagens obtidas com a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios impostos ao seu titular, é preciso comparar a intensidade da intervenção com a importância da promoção do fim, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência condicionada, vale dizer, para determinar as condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro, com o qual colide.

Demonstramos que a fixação da relação de precedência de um princípio sobre outro, compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios (= a intensidade da intervenção); ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação (= intervenção) do outro princípio. A “fórmula do peso” e os modelos para fixação dos graus de importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva (= peso), pela intervenção foram abordados neste trabalho.

O centro do exame da proporcionalidade em sentido estrito é a relação de peso dos argumentos que falam a favor e contra a restrição do direito fundamental. Concluímos que a desproporcionalidade em sentido estrito surgirá quando a importância concreta da satisfação do princípio colidente ficar abaixo do grau de intensidade da intervenção. A medida cautelar pessoal será desproporcional em sentido estrito toda vez que a intervenção

for mais intensa, em algum grau, do que a importância da satisfação das exigências cautelares que se apresentam. Se uma forte razão para a intervenção justifica uma leve intervenção, uma leve ou média razão para a intervenção não justifica uma forte intervenção.

As vedações legais à imposição de qualquer medida cautelar, quando à infração não for cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, CPP), e à prisão preventiva originária, quando a pena máxima cominada ao crime não exceder a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CPP) constituem produto de um sopesamento feito pelo legislador, em abstrato, entre o direito de liberdade do imputado e os interesses do processo ou de defesa social, em que se decidiu pela prevalência do primeiro. Buscou-se harmonizar as legislações penal e processual penal, no pressuposto de que a prisão preventiva será sempre desproporcional quando não houver possibilidade de condenação a pena privativa de liberdade, ou, mais precisamente, de sua execução em regime de encarceramento.

Ainda que presente uma das hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva, a mesma *ratio* que inspirou a regra do art. 313, I, do Código de Processo Penal deve presidir o exame da proporcionalidade em sentido estrito da medida cautelar, já estabelecida como adequada e necessária ao caso concreto. O juiz, nesse exame, deverá também considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada. Se houver prognóstico, com base em elementos concretos dos autos (primariedade, circunstâncias judiciais favoráveis, modo normal de execução), de que o imputado, ao final, não será segregado do meio social em execução de uma pena privativa de liberdade (pela concessão de regime aberto, *sursis* ou pela substituição por restritiva de direitos), a decretação da prisão preventiva será desproporcional em sentido estrito e, portanto, inadmissível.

Outrossim, qualquer medida cautelar, e não apenas as prisões temporária e preventiva, submete-se ao exame em questão. Se a vantagem por ela representada não justificar o grau de restrição imposto e traduzir um ônus excessivo e intolerável ao imputado, a medida será desproporcional em sentido estrito.

Para reprovação de uma medida cautelar pessoal no exame da proporcionalidade em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. A desproporcionalidade em sentido estrito, portanto, não atinge somente as intervenções graves. Uma intervenção leve, que careça de justificação adequada, será desproporcional em sentido estrito.

Demonstramos, por fim, que se houver uma equivalência entre o grau de afetação da liberdade de locomoção e o grau de importância da realização do princípio colidente, a intervenção será proporcional em sentido estrito, uma vez que se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional.

Em suma, o método ora proposto, baseado na proporcionalidade, coloca à disposição do juiz um caminho lógico e racional para a escolha constitucionalmente fundamentada da medida cautelar pessoal apropriada e torna intersubjetivamente controlável o processo de justificação de sua decisão.

Teremos por cumprida a nossa missão, se as reflexões feitas ao longo deste modesto trabalho puderem contribuir, concretamente, para evitar uma só prisão cautelar injusta.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

ALEXY, Robert. *El concepto e la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedissa, 2004.

_____. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: [s.n], 1937.

AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 11.403/11 comentadas artigo por artigo*. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

_____. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013.

_____. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>>. Acesso em 30 de julho de 2014.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964. Vol. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 07 de julho de 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA,

Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, n. 354, pp. 187-195, mar.abr. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - parte geral*. 19ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218, Vol. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal - parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. T. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

vol. 1.

_____. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPRIOLI, Francesco. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012.

CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.).Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2.

CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal, parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, Vol. 2.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana – visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição II – direitos humanos/direitos fundamentais*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. Tomo I.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. Vol. III.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012.

FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas (parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLACH, Norberto. *A prisão processual penal: discussão à luz dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARCÍA, Gloria María Gallego. Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. In VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez (coord). *Derecho penal liberal y dignidad humana – libro homenaje al Dr. Hernando Londono Jiménez*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e*

ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og. (coord.). *Medidas cautelares no processo penal*: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – execução e processo cautelar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol 3.

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

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo - parte general*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto” – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In:_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio.

Recursos no Processo Penal. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In _____; WATANABE, Kazuo (coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

_____. Sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri : Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ILLUMINATI, Giulio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012.

JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, Vol. I.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 1

_____. *Direito penal – parte geral*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol 1.

_____. *Código de processo penal anotado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos – constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin,

2009.

_____. Enfim, que “justo” processo desejamos? Lineamentos para uma reforma legislativa do processo penal. In *Estudos de Processo Penal* (vários autores). São Paulo: Scortecci, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri e. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, vol. 1.

_____. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. Vol. 1.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. I, II e IV.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à lei n. 9.869/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo:

Método, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV - direitos fundamentais.

_____. *A constituição e a dignidade da pessoa humana*. In _____. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia Editora, 2006.

MIRANDOLA, Giovani Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lourdes Sirgado Ganho. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Direito Constitucional*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MOURA, José Souto de. A Protecção dos direitos fundamentais no processo penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coordenação). *I Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid : Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009.

PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Existe a “discrecionalidade” judicial? In: *Revista de processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 70, pp. 232-234, abr.jun. de 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 17, Tomo III.

_____. *Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo V.

_____. *Democracia, liberdade, igualdade* (os três caminhos). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

POSNER, Richard. A. *Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 6ª ed. Barcelona : Editorial Repertor, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *La racionalidad de la ponderacion*. In CARBONELL, Miguel (coord). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 23ª ed. Saraiva: São Paulo, 1996.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SAPIGNOLI, Michele. Giusto processo e cultura giuridica interna. In GUARNIERI, Carlo; ZANNOTTI, Francesca. *Giusto processo?* Padova: CEDAM, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Trad. Javier Barnés Vázquez e outros. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SHAKESPEARE, William. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. Vol. II.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 26-27, abril de 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1, pp. 607-630, 2003.

_____. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011.

TOMASI, Giuseppe. *O leopardo*. Trad. Leonardo Codignoto. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. I e II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo:

Saraiva, 2007. Vol. 1.

_____. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VOENA, Giovanni Paolo. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 113, p. 92-99, set. 2011.

_____. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.